Comentarii practice

Aurică Avram

Procedura insolvenței
Efectele deschiderii procedurii
Primele măsuri

- Desemnarea practicianului în insolvență
- Suspendarea acțiunilor judiciare și a măsurilor de executare silită
- Ridicarea dreptului de administrare al debitorului
- Perioada de observație
- Stabilirea masei credale

Editura Hamangiu

Comentarii practice

Procedura insolvenţei
Efectele deschiderii procedurii. Primele măsuri

Editură acreditată **CNCSIS** - Consiliul Naţional
al Cercetării Ştiinţifice din Învăţământul Superior

Descrierea CIP a Bibliotecii Naţionale a României
AVRAM, AURICĂ
Procedura insolvenţei : efectele deschiderii procedurii : primele măsuri / Aurică Avram. - Bucureşti : Editura Hamangiu, 2010
Index
ISBN 978-606-522-235-9

347.736(498)(094)

Editura Hamangiu
Bucureşti, Str. Col. Popeia
nr. 36, sector 5
O.P. 5, C.P. 91

Telefon/Fax:
021.336.0443
031.805.8020
031.805.8021

Vânzări:
021.336.01.25
0788.854.348
0788.724.564
0724.364.369

E-mail:
redactie@hamangiu.ro
distributie@hamangiu.ro

Aurică Avram
Judecător la Curtea de Apel București

Procedura insolvenţei
Efectele deschiderii procedurii. Primele măsuri





Editura Hamangiu
2010

Cuprins

Capitolul I
Efectele deschiderii procedurii

Efectele deschiderii procedurii privesc îndeosebi procedura şi participanţii la aceasta, dar unele dintre ele se pot extinde în afara procedurii, la neparticipanţi. Pot fi patrimoniale sau nepatrimoniale, mai importante fiind cele referitoare la bunurile debitorului.

Secţiunea 1. Aspecte generale privind efectele deschiderii procedurii insolvenţei

Din momentul deschiderii procedurii reglementarea legală a insolvenţei trebuie, în mod normal, să prevadă anumite aspecte: - transferul controlului asupra bunurilor debitorului către o persoană având calitate oficială, dar fiind independentă; - delimitarea acestor bunuri sub forma aşa-zisei „averi a debitorului", a „masei active" (ce bunuri intră în concret în averea debitorului, sub controlul practicianului, în vederea valorificării); - modul în care se asigură măsurile care trebuie luate pentru protejarea bunurilor respective faţă de acţiunile debitorului, creditorilor sau altor persoane.

În diverse reglementări naţionale, persoana către care se transferă controlul asupra bunurilor debitorului, desemnată de instanţă în mod direct sau prin intermediul creditorilor, poate fi un *trustee* (tutore, gerant), un judecător sindic, un administrator judiciar sau un lichidator, sau, în mod excepţional, debitorul poate rămâne deţinătorul controlului.

Averea debitorului

În general averea debitorului poate include bunurile intrate în proprietatea debitorului până la deschiderea procedurii, precum şi bunurile

achiziţionate de debitor după data deschiderii. Diferite alte criterii pot fi avute în vedere pentru stabilirea şi a altor categorii de bunuri. În cazul în care bunurile existente sunt insuficiente nu numai pentru plata creanţelor dar chiar şi pentru acoperirea cheltuielilor pe care le implică procedura, reglementarea trebuie să prevadă „abandonarea" acelor bunuri şi încetarea procedurii din moment ce nu se poate atinge scopul legal.

Protejarea averii debitorului

Un obiectiv esenţial pentru un sistem de insolvenţă eficient este instituirea unui mecanism de protecţie care să asigure nediminuarea valorii bunurilor din averea debitorului prin acţiuni ale diferiţilor participanţi la procedură, în principal ale debitorului şi creditorilor.

Protecţia de urgenţă

Odată cu introducerea cererii de deschidere a procedurii şi până la soluţionarea ei, bunurile debitorului sunt în pericol să fie disipate chiar mai înainte ca masa activă să se fi constituit în cadrul procedurii. În contextul în care s-a înregistrat o cerere introductivă, debitorul este tentat să transfere bunurile în afara întreprinderii sale, sau creditorii pot recurge la acţiuni legale cu scop de remediu pentru a preîntâmpina efectul oricărei piedici în realizarea creanţei lor, care le-ar putea fi impusă în derularea procedurii. Pentru a proteja averea debitorului chiar mai înainte de deschiderea procedurii, măsurile în acest sens pot fi luate în general doar de instanţă, din oficiu sau la cererea creditorilor şi pot include, de la o ţară la alta, sancţiunea nulităţii pentru orice act încheiat de debitor în această etapă, numirea provizorie a unui practician, interzicerea exercitării dreptului de dispoziţie al debitorului asupra bunurilor sale, sechestrul asupra unora sau asupra tuturor bunurilor debitorului, suspendarea dreptului creditorilor garantaţi de a-şi valorifica garanţia.

Protejarea faţă de debitor

Faţă de debitorul trebuie luate măsurile necesare, inclusiv preventiv, pentru a-i înlătura posibilitatea de a înrâuri sau controla operaţiile întreprinderii, la iniţiativa acţionarilor/asociaţilor sau de a îndepărta bunurile din averea sa înainte sau după deschiderea procedurii.

De regulă, debitorul trebuie desesizat de dreptul de administrare a bunurilor, în special de conducerea activităţii, atribuţiile respective fiind preluate de practicianul în insolvenţă, inclusiv atribuţiile privind iniţierea unor acţiuni legale pentru apărarea bunurilor debitorului sau formularea de apărări în cadrul acestora sau privind primirea plăţile făcute către debitor. Practicianul este acela care inventariază averea debitorului şi o conservă sau îi maximizează valoarea. După deschiderea procedurii, în principiu, orice acţiune a debitorului în detrimentul masei active este considerată nulă. La deschiderea procedurii debitorul este obligat, sub riscul sancţiunilor penale, să evidenţieze toate bunurile şi obligaţiile, actele discutabile pe care le-a încheiat. În cazurile în care se stabileşte în procedură că este indicată vânzarea în bloc, practicianul poate lăsa debitorului o parte din controlul asupra operaţiilor întreprinderii până când se face vânzarea, dar numai cu acordul creditorilor, şi va răspunde pentru actele greşite ale debitorului.

Protejarea faţă de creditori

Pentru că creditorii sunt viitorii beneficiari ai masei active în cadrul unei proceduri concursuale, dat fiind că interesele lor pot fi diferite, chiar opuse, unul dintre principiile procedurii insolvenţei este acela în sensul că masa credală şi interesele ei comune trebuie protejată de acţiunile individuale ale unora dintre creditori. Stoparea, de către creditorii chirografari, în timpul derulării procedurii, a acţiunilor unor creditori cu garanţii reale vizând realizarea creanţelor prin valorificarea bunurile aduse în garanţie din averea debitorului, implică limitarea exerciţiului interesului, drepturilor individuale ale acestor creditori. Astfel de limitări trebuie efectuate doar pe termen determinat, asigurându-se protecţia garanţiei respective şi pot fi necesare nu numai pentru a da timp practicianului în insolvenţă să pregătească fără grabă

valorificarea bunurilor, inclusiv în baza unui plan, dar și pentru a oferi posibilitatea unei vânzări în bloc, ca un ansamblu în stare de funcționare, în ambele cazuri urmărindu-se aplicarea principiului maximizării averii debitorului.

Modalitățile acestor limitări poate fi diferită de la o țară la alta. Important este să se realizeze un echilibru între folosul imediat și atribuțiile conferite practicianului, pe de o parte și beneficiile pe termen lung ce derivă din interferarea acestor limitări cu relațiile contractuale dintre debitor și creditorii, pe de altă parte.

Protejarea față de practicianul în insolvență

Având în vedere conținutul atribuțiilor specifice conferite practicianului, prin reglementarea insolvenței, asupra bunurilor debitorului, averea acestuia trebuie protejată și față de eventualul abuz sau de incompetența practicianului, prin prevederea de măsuri care să includă controlul instanței asupra activității acestuia, autorizarea din partea instanței sau acordul creditorilor referitor la efectuarea unor activități, precum și prin prevederea răspunderii personale a acestuia.

Secțiunea a 2-a. Efectele deschiderii procedurii

În continuare vor fi analizate efectele deschiderii procedurii în ordinea în care sunt reglementate în cuprinsul Legii nr. 85/2006, astfel cum a fost modificată și completată.

§1. Desemnarea practicianului în insolvență (art. 34)

Potrivit art. 34 din lege, prin sentința de deschidere a procedurii generale, judecătorul sindic va desemna un administrator judiciar, iar în cazul deschiderii procedurii simplificate va desemna un lichidator provizoriu. Desemnarea se va face în conformitate cu prevederile art. 11 alin. (1) lit. c), coroborat cu cele ale art. 19 alin. (1).

Desemnarea provizorie intervine în mod obligatoriu în cazul ambelor categorii de practicieni. Fiind vorba de desemnarea prin hotărârea de deschidere, este vorba de desemnarea cu caracter provizoriu nu numai în ceea ce privește lichidatorul dar și administratorul judiciar.

Despre desemnarea provizorie a practicianului în insolvență am făcut vorbire într-o lucrare anterioară, „Procedura insolvenței – Partea generală", îndeosebi la secțiunea privind analiza art. 11 alin. (1) lit. c).

Trebuie menționat însă că între timp dispozițiile inițiale ale art. 11 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 85/2006 au fost modificate succesiv. O primă modificare a intervenit prin art. I pct. 6 din O.U.G. 173/2008 din 19.11.2008, sub două aspecte:

- în sensul că ulterioara confirmare sau înlocuire a practicianului revine nu doar adunării creditorilor ci și creditorului care deține cel puțin 50 % din valoarea creanțelor.
- în sensul că în vederea desemnării practicianului provizoriu, judecătorul sindic va avea în vedere cererea depusă în acest sens de creditorul care a solicitat deschiderea procedurii sau de debitor, dacă cererea introductivă îi aparține. În situația în care cel care a introdus cererea de deschidere a procedurii nu solicită numirea unui administrator judiciar sau lichidator, numirea se va face de către judecătorul sindic din rândul practicienilor care au depus oferte în dosarul cauzei.

Prin textul de lege inițial nu se făcea nici o ierarhizare cu privire la categoriile de criterii enumerate, acelea privind cererea creditorului /debitorului de desemnare a unui anume practician și acelea privind ofertele practicienilor depuse la dosar/tabloul U.N.P.I.R. O astfel de ierarhizare intervine prin modificarea menționată, iar în baza acesteia se va desemna provizoriu obligatoriu în primul rând acel practician solicitat anume de titularul cererii introductive și numai dacă acesta nu a făcut o astfel de solicitare, se vor avea în vedere ofertele practicienilor depuse la dosar (sau dacă și acestea lipsesc, tabloul U.N.P.I.R.) pe criteriile la care se referă art. 19 alin. (1).

În acest fel prioritate la desemnarea provizorie a practicianului o au titularii cererii introductive, în ideea că acestora le revine prioritatea deciziilor privind direcționarea procedurii, în cazul creditorilor pentru că scopul acesteia este plata creanțelor lor iar în cazul debitorului pentru că a avut buna-credință să introducă cererea de deschidere. În

orice caz, prioritatea criteriului axat pe titularul cererii are în vedere prevenirea posibilităţii de a se desemna în mod greşit un practician de către judecătorul sindic, inclusiv din cauza corupţiei.

În principiu, legiuitorul are de ales între a conferi un rol primordial fie instanţei, fie părţilor în desemnarea practicianului în insolvenţă şi, în funcţie de evoluţia practicii, poate recurge la promovarea oricăreia dintre cele două alternative.

În practică, formularea din textul de lege în sensul că „în vederea desemnării administratorului judiciar provizoriu sau a lichidatorului provizoriu, judecătorul va avea în vedere...” nu a fost interpretată întotdeauna de instanţe ca o obligaţie ci, în mod greşit, doar ca o facultate. În această situaţie, în vederea uniformizării practicii judiciare, legiuitorul a considerat necesară o altă modificare a textului art. 11 alin. (1) lit. c) din lege, sub aspectul formulării în sensul că „judecătorul sindic va desemna administratorul judiciar provizoriu sau lichidatorul provizoriu” solicitat de către titularii cererii introductive, în mod prioritar şi obligatoriu, modificare intervenită prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008. Prin legea de aprobare textul de lege a mai fost completat şi cu menţiunea în sensul că desemnarea poate privi doar practicienii compatibili (conform normelor care reglementează funcţionarea şi organizarea acestora), precum şi sub aspectul că la desemnarea provizorie a practicianului în insolvenţă „în caz de conexare se va ţine seama de cererile creditorilor în ordinea mărimii creanţelor, sau de cererea debitorului, dacă nu există o cerere din partea unui creditor”. Această din urmă completare a intervenit ca urmare a aprecierii legiuitorului în sensul că în caz de pluralitate de cereri introductive, dispoziţiile legii, în forma anterioară, nu erau clare în privinţa criteriilor care trebuie avute în vedere de către judecătorul sindic.

*

Este, de asemenea, de precizat că prin art. I alin. (6) din O.U.G. nr. 173/2008 s-au modificat similar şi dispoziţiile art. 11 alin. (1) lit. d), referitoare la desemnarea cu caracter definitiv în procedură a practicianului în insolvenţă.

În ceea ce priveşte aplicarea în timp a legii sub aspectul modificărilor intervenite, în cazul în care desemnarea provizorie s-a făcut sub imperiul legii vechi, desemnarea rămâne perfect valabilă, în recursul

judecat după intrarea în vigoare a modificării neputându-se reveni asupra desemnării respective, doar în raport cu simpla schimbare a legii, ci doar dacă în raport cu legea veche hotărârea nu e temeinică şi legală (a se vedea în acest sens Decizia comercială nr. 1300 R/20.11.2008, C.A.B. –Secţia a VI a comercială).

§2. Depunerea informaţiilor prevăzute de art. 28 alin. (1) din lege (art. 35)

Potrivit art. 35 din Legea nr. 85/2006, în termen de 10 zile de la deschiderea procedurii, potrivit art. 33 alin. (4) sau (6), debitorul este obligat să depună la dosarul cauzei şi informaţiile prevăzute la art. 28 alin. (1).

În urma deschiderii procedurii la cererea creditorului debitorul este obligat să depună la dosarul cauzei actele şi informaţiile prevăzute de art. 28 alin. (1) ca şi în cazul în care s-ar fi deschis procedura la cererea sa. La aceste acte se mai adaugă lista cuprinzând plăţile şi transferurile patrimoniale făcute de debitor în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii, conform art. 44. Nu trebuie uitat nici că în cursul procedurii, la cererea practicianului, debitorul este obligat să pună la dispoziţie orice informaţie pretinsă de acesta, în primul rând informaţiile necesare cu privire la activitatea sau averea lui. Termenul de depunere de 10 zile se calculează de la data deschiderii procedurii, chiar dacă este vorba de dispunerea acesteia în contextul soluţionării recursului formulat împotriva hotărârii prin care judecătorul sindic a respins, iniţial, cererea introductivă.

Dispoziţiile art. 35 vizează ipoteza deschiderii procedurii la cererea creditorului. În această ipoteză, obligaţia depunerii informaţiilor respective nu intervine pentru debitor anterior deschiderii procedurii (nici măcar în cazul contestaţiei împotriva cererii introductive nu e vorba de o obligaţie ci de interesul probării), ci doar într-un termen de 10 zile după deschidere. În lipsa actelor (informaţiilor) legiuitorul a stabilit prin art. 33, ca regulă, că se deschide procedura generală, inclusiv în ipoteza în care debitorul îşi manifestă intenţia de reorganizare fără, însă, să rezulte şi să se probeze că ar fi în una dintre situaţiile la care se referă

art. 1 alin. (2) din lege, pentru că dacă ar rezulta s-ar deschide procedura simplificată de la început. Prin urmare, actele contabile se vor depune în 10 zile, conform art. 35, situaţie în care s-ar putea interpreta că în funcţie de acestea se va aprecia dacă continuă perioada de observaţie (când actele depuse sunt complete) sau se trece la procedura simplificată (când actele nu sunt depuse complet în baza art. 35), iar de aici ar rezulta că refacerea de către practician a actelor depuse potrivit art. 35 trebuie să intervină doar în procedura simplificată. Or, pentru a stabili dacă referitor la acest din urmă aspect este aşa sau nu, să efectuăm o supraanaliză. Astfel, dacă deschiderea intervine la cererea creditorului, până la deschiderea procedurii debitorul nu are obligaţia de a depune actele prevăzute de art. 28 alin. (1), obligaţie care intervine doar conform art. 35, indiferent că s-a deschis procedura generală sau simplificată, în raport cu care debitorul poate depune toate actele, parţial sau deloc. Dar, primul raport al practicianului este cel de 30 de zile şi dacă nu au fost depuse actele şi a fost deschisă procedura generală, se va propune şi se va trece la procedura simplificată, conform art. 54 (dacă nu cumva lipsa actelor nu a determinat deschiderea procedurii simplificate chiar în contextul cererii introductive a creditorului şi al hotărârii de deschidere în baza acesteia). În plus, o altă ipoteză este aceea a deschiderii la cererea debitorului, când se depun actele, fie integral, fie parţial, fie nu se depun deloc, iar în ultimele situaţii se deschide procedura simplificată. Reunind cele două ipoteze de deschidere a procedurii, la cererea debitorului şi la cererea creditorului, rezultă că în urma deschiderii procedurii, inclusiv a aplicării art. 54 vor fi ca ipoteze posibile situaţiile în care este deschisă procedura generală, cu toate actele depuse şi, pe de altă parte, procedura simplificată, cu acte depuse deloc sau parţial. Primul caz (toate actele depuse) nu comportă discuţii, decât în sensul că potrivit art. 20 alin. (1) lit. c), practicianul le va verifica, le va corecta şi completa. Pentru cel de al doilea caz, potrivit art. 20 alin. (1) lit. c) se prevede că dacă nu au fost depuse practicianul le va întocmi el însuşi; prevederea în acelaşi sens este reluată şi la art. 55 în sensul reconstituirii actelor, cu precizarea „în măsura posibilului". Deci întocmirea/reconstituirea actelor respective ar trebui să intervină practic, dacă se aplică legea în mod corespunzător – art. 28 alin. (2), art. 54, 59 - doar în procedura simplificată.

Totuşi, art. 55 se referă expres la reconstituirea de către lichidator în procedura simplificată în timp ce art. 20 alin. (1) lit. c) se referă expres la întocmirea, verificarea, corectarea, completarea actelor de către administratorul judiciar. Or, acesta este practicianul aferent perioadei de observaţie din procedura generală, ceea ce înseamnă că, dacă nu este vreo greşeală a legiuitorului în preluarea dispoziţiilor art. 20 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 85/2006, în condiţiile introducerii procedurii simplificate – dispoziţii care ar fi, după cum am văzut, în contradicţie cu art. 55, legiuitorul a conferit atribuţiile menţionate şi administratorului judiciar, în perioada de observaţie, indiferent că trebuia să se treacă la faliment pentru nedepunerea actelor sau nedepunerea completă (completarea sau corectarea ar fi, însă, de mai puţină importanţă). O astfel de apreciere este, însă, contradictorie: ori se aplică unitar sancţiunea deschiderii, trecerii la procedura simplificată, ori nu. De lege ferenda se impune o precizare corespunzătoare a textelor de lege.

*

Nedepunerea actelor conduce şi în ipoteza art. 35 la incriminarea prevăzută de art. 147 din lege. Obligaţia legală de depunere a actelor incubă administratorului statutar în funcţie la data deschiderii procedurii, a împlinirii termenului legal sau ulterior, iar nu unui administrator anterior.

*

În acelaşi context mai poate fi precizat că depunerea informaţiilor la care se referă art. 35 poate fi apreciată şi drept o măsură procedurală sau o obligaţie a debitorului, iar nu doar ca un efect al deschiderii procedurii.

De asemenea, referitor la aspectul depunerii actelor în termenul legal, în forma iniţială a Legii nr. 85/2006 enumerarea actelor respective s-a făcut în mod diferit de la un articol la altul. Astfel, dispoziţiile art. 1 alin. (2) lit. d) se refereau la „documentele prevăzute la art. 28 alin. (1) lit. b), c), e) şi h)", art. 28 alin. (2) şi art. 32 alin. (1) la „actele prevăzute la art. 28 alin. (1) lit. a) – f) şi h)", iar art. 55 la „documentele prevăzute de art. 28 alin. (1) lit. b) – c) şi i)", ceea ce constituia, cel puţin în parte, o evidentă neconcordanţă. Prin legea de aprobare a O.U.G. nr. 173/2008, legiuitorul a modificat art. 1 alin. (2) lit. d) în sensul referirii la depunerea „documentelor prevăzute de art. 28 alin. (1) lit. a)-f) şi h)", la fel

ca în cuprinsul art. 28 alin. (2) și 32 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, tocmai pentru corelarea dispozițiilor respective. Aparent, au rămas necorelate sub aspectul în discuție dispozițiile art. 55, dar, în realitate, nu era necesară și o astfel de corelare deoarece trebuie făcută distincție între efectul lipsei unor acte în legătură cu deschiderea procedurii și, pe de altă parte, măsura în care actele lipsă trebuie sau pot fi refăcute pentru continuarea procedurii, actele cuprinse în categoriile menționate putând fi diferite.

§3. Suspendarea tuturor acțiunilor judiciare sau măsurilor de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale (art. 36)

Potrivit art. 36 din Legea nr. 85/2006 în forma inițială, de la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale.

Prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008 textul art. 36 a fost modificat astfel: de la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale, cu excepția căilor de atac declanșate de debitor.

În vederea acestei modificări, legiuitorul a avut în vedere că „deoarece termenul de măsură (acțiune) extrajudiciară nu este definit, va fi înlocuit cu cel de măsuri de executare silită. Debitorul va trebui să fie lăsat să exercite căile de atac pentru că în acest fel se va putea verifica creanța respectivă”.

3.1. Aspecte generale

În condițiile în care debitorul este în stare de insolvență și este supus deschiderii procedurii insolvenței, împotriva acestuia pot fi deja în derulare acțiuni judiciare sau extrajudiciare, inclusiv măsuri de executare silită individuală, inițiate de către creditori pentru realizarea creanțelor lor (în baza unor dispoziții de drept comun sau special).

Terminologic, acţiunile judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanţelor trebuie avute în vedere, în raport cu obiectul lor, într-un sens larg, atât sub aspectul stabilirii dreptului de creanţă împotriva debitorului (acţiuni propriu-zise), cât şi sub aspectul valorificării, executării dreptului de creanţă (măsuri de executare silită). Practic, în lipsa vreunei distincţii, atât acţiunile propriu-zise cât şi măsurile de executare pot fi, fiecare, atât judiciare, cât şi extrajudiciare. În ambele cazuri suspendarea urmăreşte înlăturarea incertitudinilor cu privire la masa credală, dar şi protejarea averii debitorului.

În ceea ce priveşte acţiunile propriu-zise, la deschiderea procedurii trebuie să intervină suspendarea lor de drept pentru ca acestea să nu se suprapună sub aspectul obiectului lor peste procedura de verificare având acelaşi obiect (stabilirea masei credale) din cuprinsul procedurii insolvenţei, care, fiind reglementată prin dispoziţii speciale şi având şi apanajul dispoziţiilor art. 36 trebuie să fie aplicată prioritar.

În ceea ce priveşte măsurile de executare silită, cum de esenţa procedurii insolvenţei este caracterul colectiv şi egalitar al acesteia în ceea ce priveşte creditorii (de fapt este vorba de esenţa falimentului, pentru că în ceea ce priveşte reorganizarea judiciară, supravenită ulterior în procedură, unele aspecte sunt distincte sau cel puţin discutabile), scopul fiind valorificarea bunurilor debitorului şi repartiţia valorii obţinute din acestea între creditori, rezultă că o astfel de procedură nu admite, în general, executări individuale asupra bunurilor debitorului din partea creditorilor lui, toţi aceştia trebuind să intre în procedură pentru executarea silită doar astfel a creanţelor, potrivit regulilor concursualismului (şi egalitarismului) în condiţiile reglementării legale speciale. Din moment ce de la data deschiderii procedurii insolvenţei nu îşi mai au rostul executările individuale din partea creditorilor, deoarece bunurile debitorului sunt vizate în interesul tuturor creditorilor, nu se poate permite, este interzis ca acei creditori care au intrat în procedură să fie prejudiciaţi sub aspectul posibilităţii de realizare a creanţelor din averea debitorului de către alţi creditori, prin urmăriri individuale, iar creditorii ale căror acţiuni/executări silite se suspendă vor trebui să-şi declare creanţele în cadrul procedurii. De asemenea, suspendarea intervine şi pentru a se putea determina, menţine, pentru a nu se micşora averea debitorului astfel cum există la data deschiderii

procedurii. Măsurile de executare anterioare individuale împotriva debitorului pentru realizarea creanţelor trebuie să înceteze cât se derulează procedura, argumentul juridic în acest sens fiind aplicarea prioritară a legii speciale, care are în vedere ea însăşi realizarea colectivă a creanţelor şi chiar şi asigurarea şanselor de reorganizare. În concluzie, de la deschiderea procedurii creditorii nu mai pot cere executări individuale şi nici să continue executările începute mai înainte de pronunţarea hotărârii de deschidere a procedurii.

În doctrină s-a reţinut chiar mai mult, că norma în discuţie are drept scop concentrarea tuturor litigiilor având ca obiect averea debitorului în competenţa exclusivă a judecătorului sindic desemnat în cauză. Or, într-adevăr, aceasta poate fi apreciată ca o regulă, dar trebuie ţinut cont şi făcută distincţia în sensul că în raport cu economia dispoziţiilor Legii nr. 85/2006 nu toate litigiile privind averea debitorului constituie obiectul procedurii. Deci, dacă în ceea ce priveşte realizarea creanţelor scopul poate fi apreciat ca exhaustiv, deşi şi în acest caz există excepţia prevăzută de art. 39 din lege, în cazul prezervării averii debitorului multe alte acţiuni pot rămâne în afara procedurii insolvenţei, din motive legate de norme de competenţă, legi speciale etc. (de exemplu, acţiunile în revendicare, în recuperarea propriilor creanţe ale debitorului etc.).

În acest context, în raport cu o regulă perenă în timp şi spaţiu în ceea ce priveşte falimentul, legiuitorul român a stabilit, potrivit dispoziţiilor art. 36 din Legea nr. 85/2006, în forma iniţială, că de la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acţiunile, judiciare sau extrajudiciare, inclusiv măsurile de executare pentru realizarea creanţelor asupra debitorului sau bunurilor sale. Astfel, ca efect al deschiderii procedurii, se suspendă judecata acţiunilor, derularea oricărei urmăriri silite individuale împotriva debitorului etc.

3.2. Obiectul şi condiţiile suspendării

Prevederile art. 36 au în vedere, şi în urma modificării menţionate, nu numai acţiunile judiciare, măsurile de executare silită existente la momentul deschiderii procedurii, ci, cu atât mai mult şi pe acelea care s-ar mai putea iniţia, eventual, după acest moment. Chiar formularea

textului este de ordin general, având în vedere, în consecinţă, toate aceste acţiuni, măsuri indiferent de momentul iniţierii lor, în raport cu întreaga perioadă în care este deschisă şi se derulează procedura insolvenţei.

Potrivit textului de lege astfel cum a fost modificat suspendarea are în vedere acţiunile judiciare (de exemplu, acţiunile în pretenţii), precum şi orice fel de urmăriri, măsuri de executare silită pentru realizarea creanţelor împotriva debitorului. De fapt, sub aspectul obiectului suspendării, modificarea textului de lege implică unele precizări. Astfel, în raport cu formularea textului de lege modificat suspendarea priveşte acţiunile judiciare, precum şi măsurile de executare silită fie judiciare fie extrajudiciare, fiind excluse acţiunile extrajudiciare. Considerăm eronată o astfel de excludere a acţiunilor (măsurilor) extrajudiciare pe motivul că acestea nu ar fi definite în drept, pentru că existenţa unei astfel de definiri nu este obligatorie, esenţială fiind posibilitatea delimitării categoriei respective de acţiuni, posibilitate care există şi în lipsa definirii acţiunilor care o compun. Pe de altă parte, din motivarea avută în vedere de legiuitor pentru modificarea art. 36 ar mai putea rezulta că legiuitorul nu a intenţionat, de fapt, excluderea acţiunilor extrajudiciare, ci doar să le dea o altă denumire, aceea de măsuri de executare silită, ceea ce ar constitui o eroare şi mai accentuată. Măsurile de executare silită pot fi înglobate categoriei acţiunilor şi pot avea caracter atât judiciar cât şi extrajudiciar, fie că titlu s-a obţinut în instanţă, fie în afara ei (fiind vizate inclusiv acţiunile A.V.A.S., ale organelor fiscale pentru executarea silită a creanţelor bugetare, ale corpului de executori bancari pentru executarea silită a creanţelor băncilor). Dincolo de motivele avute de legiuitor, acordând prioritate în interpretarea textului de lege chiar formulării acestuia, s-ar putea reţine că prin modificarea art. 36 din lege s-a urmărit excluderea de la efectul suspendării a unor „acţiuni extrajudiciare" nedefinite. Aceasta, cu precizarea că acţiunile arbitrale, deşi se derulează în afara sistemului instanţelor judecătoreşti, în raport cu natura lor juridică trebuie, totuşi, să fie apreciate drept acţiuni judiciare.

*

Pentru a interveni suspendarea este esenţial ca acţiunile, măsurile de executare să aibă ca obiect realizarea creanţelor asupra debitorului sau bunurilor sale; nu au un astfel de obiect şi deci nu le sunt aplicabile

dispozițiile art. 36, acelea care nu privesc realizarea creanțelor, cum ar fi: acțiunile în revendicare, posesorii, în constatare, privind anularea actului prin care o parte a dat un imobil contra acțiunilor la cealaltă parte, anularea unui contract de vânzare-cumpărare dacă nu se cere și restituirea bunului, respectiv, prețului etc. Evident, acțiunile sau măsurile trebuie să nu fi fost finalizate la data deschiderii procedurii. Astfel de acțiuni în care nu creditorul ci debitorul este reclamant pot fi suspendate în baza art. 243 alin. (1) pct. 5 C. proc. civ., dar nu și cele în care debitorul este pârât, în care, de la deschiderea procedurii acesta va sta în instanță prin practicianul în insolvență.

*

În mod evident, dispozițiile art. 36 nu se referă și la acțiunile promovate de către debitor în calitate de reclamant pentru realizarea propriilor creanțe, pretenții etc. împotriva propriilor debitori. Acestea și orice alte acțiuni formulate de debitor în calitate de reclamant, vor putea fi însă supuse suspendării în baza art. 243 alin. (1) pct. 5 C. proc. civ., în raport cu deschiderea procedurii insolvenței față de reclamant în temeiul unei hotărâri judecătorești irevocabile. Dacă hotărârea respectivă a intervenit după închiderea dezbaterilor, pronunțarea în acțiunea în pretenții poate, totuși, interveni [art. 243 alin. (2) C. proc. civ.].

Suspendarea în temeiul art. 243 alin. (1) pct. 5 este de drept, obligatorie și intervine în condițiile în care dreptul debitorului de administrare este ridicat ca urmare a deschiderii procedurii, ceea ce înseamnă că în instanță reprezentarea debitorului trece de la administratorul, reprezentantul statutar la practicianul în insolvență. Prin urmare, în acest caz suspendarea intervine în scopul de a se introduce în cauză, ca reprezentant al debitorului, practicianul în insolvență, pentru a se asigura opozabilitatea hotărârii ce se va pronunța față de creditorii din procedură. În același sens și art. 87 pct. 5 C. proc. civ. prevede citarea debitorului în insolvență prin practicianul în insolvență.

În cazul în care s-a dispus suspendarea în baza art. 243 alin. (1) pct. 5 C. proc. civ. nu numai că se poate, dar este de regulă obligatoriu, în raport cu principiul maximizării averii debitorului, ca practicianul în insolvență să solicite repunerea pe rol cât mai repede, în numele debitorului pe care îl reprezintă. Practic, dispozițiile art. 243 alin. (1) pct. 5 prevăd suspendarea pentru că deschiderea procedurii înlătură, de

regulă, reprezentarea debitorului de către reprezentantul statutar, dar în principiu este implicată repunerea pe rol odată ce se stabilește reprezentarea debitorului corespunzător regulilor procedurii insolvenței. În raport cu aceste reguli, în doctrină s-a apreciat și în sensul că dacă nu se ridică dreptul de administrare ar fi posibilă continuarea judecății acțiunilor de către debitor însă nu prin reprezentantul statutar ci prin administratorul special. Aceasta, se susține în opinia respectivă, deoarece administratorul special este prevăzut separat de dispozițiile referitoare la ridicarea dreptului de administrare, desemnarea acestuia trebuie să intervină întotdeauna înlăturând din funcție administratorul statutar, iar dispozițiile art. 243 alin. (1) pct. 5 și art. 87 pct. 5 C. proc. civ., nu ar fi compatibile cu dispozițiile din legea insolvenței, decât în cazul în care intervine desesizarea (ridicarea dreptului de administrare). Considerăm că această opinie este valabilă doar aparent. Astfel, considerăm că dispozițiile privind desemnarea administratorul special au legătură cu ridicarea dreptului de administrare, legiuitorul a reglementat expres și ipoteza în care nu se ajunge efectiv la desemnarea unui administrator special (art. 3 pct. 26 astfel cum a fost modificat), spre deosebire de desemnarea administratorului judiciar, care este obligatorie în raport cu deschiderea fiecărei proceduri; în raport cu dispozițiile art. 18 legea nu prevede atribuții pentru administratorul special de genul reprezentării debitorului în acțiunile în discuție (în afara procedurii) până la ridicarea dreptului de administrare, în locul administratorului judiciar (cu excepția, poate, a perioadei de reorganizare, ipoteză cu privire la care se va reveni într-o altă lucrare), astfel că ar putea fi avută în vedere în sensul opiniei criticate doar interpretarea dispozițiilor art. 3 pct. 26. Relevant, însă, sub aspectul în discuție este faptul că dispozițiile art. 243 și 87 C. proc. civ. sunt pe deplin aplicabile în cazurile în discuție. Dispozițiile art. 149 din Legea nr. 85/2006 prevăd completarea acestei legi cu dispozițiile de drept comun, sub condiția compatibilității, dacă, evident, dispozițiile de genul celor din dreptul comun lipsesc din cuprinsul legii speciale. Or, în susținerea opiniei în discuție se compară de fapt dispoziții din dreptul comun cu cele din legea insolvenței, ceea ce constituie o altă ipoteză. În realitate, dispozițiile art. 243 și 87 C. proc. civ. au mai mult caracter special iar nu de drept comun în cuprinsul actului normativ care le prevede, venind practic în comple-

tarea dispozițiilor speciale din Legea nr. 85/2006. În consecință, cât nu sunt înlăturate aceste dispoziții, chiar și în cazul în care s-a ridicat dreptul de administrare și s-a desemnat administratorul special, reprezentarea debitorului în acțiunile menționate va trebui să fie asigurată de administratorul judiciar. Aceasta mai ales în cazul acțiunilor privind propriile pretenții în care debitorul este reclamant, în condițiile în care formularea unor astfel de acțiuni este prevăzută expres în sarcina administratorului judiciar, potrivit art. 20 alin. (1) lit. l) din lege. Mai mult, principiul maximizării averii debitorului incumbă în primul rând practicianului în insolvență și, pe de altă parte este just ca hotărârea pronunțată în acea cauză, privind debitorul ca parte, să fie opozabilă creditorilor în procedură în condițiile reprezentării debitorului de către practicianul în insolvență, ca persoană imparțială, iar nu de către reprezentantul acționarilor/asociaților debitorului.

*

De asemenea, suspendarea se aplică indiferent dacă față de debitor s-a deschis procedura în raport cu calitatea acestuia de debitor principal sau de terț garant față de creditor.

Dar, textul de lege nu are în vedere și acțiunile judiciare sau măsurile de executare silită îndreptate (inclusiv o cerere introductivă pentru deschiderea procedurii insolvenței) de creditor pentru realizarea uneia și aceleiași creanțe nu împotriva debitorului împotriva căruia s-a deschis procedura, ci împotriva unui codebitor solidar sau a fidejusorului sau a persoanelor care au garantat cu o cauțiune reală executarea obligațiilor debitorului. Într-o astfel de ipoteză creditorul poate să formuleze declarație de creanță în procedura insolvenței care privește debitorul și, în paralel, să deruleze potrivit dreptului comun (sau chiar printr-o altă cerere introductivă pentru deschiderea procedurii insolvenței), acțiunea pentru realizarea aceleiași creanțe și împotriva codebitorului solidar sau fidejusorului, sau a terțului garant. În măsura în care creanța este recuperată de la aceștia din urmă, creditorul respectiv nu mai are de ce să rămână în prima procedură a insolvenței, dar locul lui poate fi luat de către codebitorul solidar, fidejusorul care a plătit debitul, prin subrogarea în dreptul creditorului plătit, în calitate de creditor chirografar, pentru că pentru debitul respectiv debitorul (principal) în procedură rămâne dator.

În contextul celor arătate mai sus, referitor la art. 36 corelat cu art. 40 din lege în practica judiciară s-au susţinut şi puncte de vedere divergente. Astfel, s-a considerat că în ipoteza în care creditorul a deschis procedura insolvenţei împotriva debitorului principal, pe parcursul acesteia intervine întreruperea termenului de prescripţie a acţiunilor creditorului faţă de debitorul solidar sau fidejusor (garant), iar la închiderea procedurii neînsoţită de recuperarea creanţei (total sau parţial) de la debitorul principal, faţă de cei menţionaţi începe să curgă un nou termen de prescripţie (se merge chiar mai departe de simpla întrerupere a prescripţiei, susţinându-se, pornind de la aceasta, că în ipoteza dată creditorul nici nu ar avea dreptul să se îndrepte cu o acţiune împotriva debitorului solidar sau a fidejusorului, trebuind să urmărească debitorul principal mai întâi în cadrul procedurii deschise şi, eventual, doar dacă în cadrul acesteia, până la închidere, nu s-a recuperat în întregime creanţa, diferenţa rămasă să poată fi cerută de la debitorul solidar sau fidejusor). S-a susţinut aceasta invocându-se art. 1872 C. civ., potrivit căruia, întreruperea civilă (adică aceea intervenită, de exemplu, prin formularea unei cereri de chemare în judecată) a prescripţiei intervenită faţă de unul dintre debitorii solidari, are acelaşi efect şi faţă de ceilalţi codebitori.

Într-o altă opinie exprimată nu se subscrie acestor puncte de vedere, ci dimpotrivă. Astfel, în ipoteza în care ne raportăm la codebitorii solidari, este suficient să reţinem că dispoziţiile art. 70 din Legea nr. 85/2006 prevăd, implicit, posibilitatea derulării în paralel şi separat a procedurii insolvenţei împotriva fiecăruia dintre debitorii solidari ai aceleiaşi creanţe (şi dacă se prevede expres procedura insolvenţei, se subînţelege că nimic nu împiedică să fie vorba de orice altă modalitate de executare). De asemenea, în acelaşi sens se pot reţine argumentele ce se vor menţiona pentru ipoteza următoare.

În ipoteza (speţa) în care se are în vedere creditorul, debitorul principal împotriva căruia s-a deschis şi închis procedura fără recuperarea totală a creanţei (cel mult parţială) şi un garant (fidejusor), creditorul recurge după închiderea procedurii şi la executare împotriva garantului. Acesta din urmă, însă, îi opune prescripţia extinctivă a dreptului de a cere realizarea creanţei, sub motivul că în procedura derulată împotriva debitorului principal suspendarea în conformitate cu art. 36 şi 40 din

Legea nr. 85/2006 a intervenit doar în raport cu debitorul principal, iar creditorul avea nu numai dreptul ci și obligația ca în paralel, în timpul cât a durat acea procedură să se îndrepte și împotriva garantului, sub riscul, altfel, de a se împlini termenul de prescripție, împlinire care a și intervenit în speță. Față de acestea, creditorul s-a apărat susținând că de fapt nu a invocat suspendarea prescripției conform art. 36, 40 menționate, ci dispozițiile art. 1872 C. civ., în baza căruia întreruperea (iar nu suspendarea) prescripției față de debitorul principal ca urmare a introducerii cererii introductive (iar nu a deschiderii procedurii) a atras întreruperea prescripției dreptului la executare al creditorului și față de garant, aceasta având în vedere două aspecte:

1) garantul are calitatea de debitor solidar iar nu o altă calitate în raport cu care nu s-ar aplica art. 1872 C. civ. (Or, garantul trebuie considerat debitor solidar, mai ales atunci când renunță la beneficiul dreptului de diviziune și discuțiune. Sub acest aspect, în spețele privind o bancă creditoare, debitorul împrumutat și garantul pentru restituirea împrumutului, printr-o ipotecă, gaj, practica instanței supreme a fost inițial în sensul că creditorul trebuie să se îndrepte mai întâi împotriva debitorului principal și doar dacă nu obține astfel câștig de cauză, eventual și împotriva garantului, care s-a obligat în subsidiar, iar nu în solidar, debitorul solidar obligându-se alături de debitorul principal. Ulterior, practica a evoluat în sensul că creditorul se poate îndrepta și trebuie să se îndrepte împotriva garantului indiferent dacă inițial la urmărit pe debitorul principal).

2) aplicarea art. 1872 C. civil nu are legătură cu art. 36, 40 din Legea nr. 85/2006, în sensul că e vorba de întreruperea prescripției ca urmare a formulării unei cereri de chemare în judecată (cererea introductivă prevăzută de Legea nr. 85/2006) iar nu de suspendarea prevăzută de art. 40, 36, în raport cu deschiderea procedurii.

Or, considerăm că în ipoteza în discuție Legea nr. 85/2006, ca lege specială, se aplică prioritar. Respingerea cererii introductive lipsește această cerere de orice efecte față de debitor, deci și referitor la aplicarea art. 1872 C. civil. (Dacă se deschide procedura, aceasta atrage ca efect, conform art. 36, 40, suspendarea, iar nu întreruperea prescripției. Deci, fiind vorba de o lege specială trebuie avut în vedere efectul prevăzut de aceasta, suspendarea, pentru că dacă legea specială indică

un efect, nu poate fi invocat altul (întreruperea), prevăzut de dreptul comun, față de debitor). Pe parcursul procedurii îndreptate împotriva debitorului, creditorul nu are doar dreptul ci și obligația să se îndrepte, în paralel și împotriva garantului, altfel, dacă așteaptă mai întâi închiderea procedurii, riscă să se împlinească termenul de prescripție în raport cu garantul, prescripția curgând în raport cu acesta și pe perioada procedurii derulate împotriva debitorului principal. De ce, însă, să fie discriminat creditorul în raport cu garantul (sau codebitorul) în sensul aprecierii curgerii prescripției față de acesta, deși față de debitorul principal cursul prescripției se suspendă, conform art. 40 din Legea nr. 85/2006? Răspunsul este că legiuitorul a avut în vedere doar în cadrul procedurii suspendarea acțiunilor conform art. 36, determinat de caracterul colectiv al procedurii, în sensul că se impune ca toți creditorii să-și realizeze creanțele în cadrul acesteia. Față de dispozițiile art. 36, legiuitorul avea de ales între suspendarea sau întreruperea prescripției, iar acesta a ales suspendarea, dar fără să prevadă și față de debitorul solidar sau fidejusor o astfel de dispoziție în legea specială (inexistentă și în dreptul comun). De remarcat că suspendarea prescripției prevăzută de art. 40 nici nu are o utilitate practică prea extinsă, pentru că în majoritatea cazurilor de închidere a procedurii insolvenței intervine dizolvarea și radierea debitorului, deci oricum creditorul neplătit nu va putea relua acțiunile avute în vedere de textul art. 36. Totuși, nu toți debitorii sunt supuși dizolvării și radierii: de exemplu, persoanele fizice sau debitorii persoane juridice în cazul unei proceduri de reorganizare reușite.

*

În plus față de textul similar existent și în Legea nr. 64/1995, dispozițiile art. 36 din Legea nr. 85/2006 prevăd că suspendarea intervine de drept.

Efectul suspensiv intervine de drept (ex lege, *ope legis*), prin urmare norma trebuie apreciată ca fiind imperativă, de ordine publică, intervenind de la data pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii (nu se pune problema altui moment, de exemplu, data cererii de deschidere a procedurii), chiar dacă aceasta nu este irevocabilă (hotărârile judecătorului sindic fiind executorii din momentul pronunțării, inclusiv sub aspectul efectului prevăzut de art. 36, iar recursul nefiind suspensiv de

executare în principiu, potrivit art. 8 alin. (4). Nu trebuie, nu este obligatoriu să se mai pronunţe o hotărâre în sensul dispunerii suspendării, de către judecătorul sindic, dar în practica judiciară se inserează adeseori o astfel de menţiune în cuprinsul hotărârii de deschidere, mai ales dacă aceasta are un conţinut tipizat în care se redau toate efectele şi măsurile prevăzute de lege în raport cu deschiderea procedurii. Aceasta nu înseamnă că în lipsa unei astfel de menţionări dispoziţiile art. 36 nu şi-ar produce efectele. O astfel de menţiune dă curs efectului suspensiv în mod generic, iar nu în sensul că judecătorul sindic ar putea dispune referitor la o cauză cu privire la care nu este competent. Desigur că în cauzele cunoscute având ca obiect acţiuni supuse suspendării, de regulă se cere de către părţi, de către cine este interesat, suspendarea în baza art. 36, deşi din formularea art. 36 şi 37 din lege nu rezultă că ar fi necesară o astfel de cerere, ci aplicarea din oficiu a dispoziţiilor respective, constatându-se intervenirea efectului suspendării şi dispunându-se sub aspectul respectiv. Aplicarea în concret a dispoziţiilor art. 36 implică în mod necesar constatarea/dispunerea suspendării iar instanţa/organul de executare pe rolul cărora se află acţiunea/ executarea silită, pronunţă o hotărâre de suspendare. Pentru aceasta nu este suficientă numai dovada de deschidere a procedurii ci şi aprecierea, verificarea măsurii în care acţiunea respectivă este una dintre cele prevăzute de art. 36; nu se impune însă să se mai verifice şi alte aspecte (oportunitatea suspendării etc.). Efectul suspendării se produce în temeiul legii şi se constată/dispune în fiecare dosar separat.

Împotriva hotărârii prin care s-a soluţionat aspectul suspendării se poate formula recurs, dar nu potrivit art. 12 din Legea nr. 85/2006, pentru că este vorba de hotărârea instanţei de drept comun, iar nu a judecătorului sindic, ci potrivit Codului de procedură civilă. Dacă nu s-a dispus suspendarea, ci se continuă judecata în cauza privind acţiunea respectivă, din moment ce nu a intervenit întreruperea judecăţii, se va putea formula recurs odată cu fondul. Dacă s-a dispus suspendarea, recursul este admisibil în condiţiile obişnuite ale dreptului comun.

*

Suspendarea intervine cu privire la acţiunile, urmăririle silite care continuă la data deschiderii procedurii, pentru că cele finalizate deja la

acel moment nu mai pot fi supuse suspendării și, în consecință nu se mai poate pune nici problema desființării lor în raport cu suspendarea prevăzută de art. 36.

În doctrină s-a susținut mai mult, arătându-se că în cazul unei spețe în care o executare silită s-a finalizat după momentul deschiderii procedurii, cererea de suspendare în baza art. 36 a fost corect respinsă ca tardivă, pentru motivul că aceasta s-a înregistrat după finalizarea executării. Desigur, în raport cu speța respectivă erau, într-adevăr, argumente pentru o astfel de soluție (după finalizarea executării cererea de suspendare a acesteia nici nu mai avea, practic, obiect, stabilitatea circuitului civil etc.). Suntem de acord că pentru o executare silită deja finalizată, chiar și după deschiderea procedurii, nu mai poate fi cerută și aplicată suspendarea ulterior, printr-o cerere în acest sens, dar ne îndoim că o astfel de speță poate fi ridicată la rang de regulă și în sensul de a se recunoaște ca rămas valabil orice act de executare efectuat după deschiderea procedurii, pentru că astfel s-ar lipsi de conținut art. 36; respingerea cererii de suspendare ca tardivă nu are în vedere direct și efectul suspendării de drept. Credem, deci, că în speța arătată, o acțiune în constatarea nulității actelor intervenite după deschiderea procedurii ar fi trebuit să fie acceptată, bineînțeles printr-o cerere de chemare în judecată corespunzătoare. Referitor la acest aspect în secțiunea de față se vor avea în vedere unele mențiuni, în legătură cu domeniul executării silite și al măsurilor asigurătorii.

Dispozițiile art. 36 prevăd în mod clar suspendarea de drept de la data deschiderii procedurii, fără condiția obligatorie a dispunerii suspendării printr-o hotărâre (ulterioară), care, oricum, ar trebui doar să constate intervenirea suspendării la data deschiderii și nicidecum să stabilească un alt moment de intervenire a suspendării, acela al pronunțării hotărârii iar nu acela al deschiderii procedurii, cu atât mai mult cu cât se pune și problema ca între aceste momente să intervină și alte acte de executare fără finalizarea executării. Chiar dispozițiile art. 37 din lege au în vedere comunicarea hotărârii de deschidere, pentru aplicarea art. 36, nu pentru că această hotărâre constituie cauza suspendării, ci pentru că potrivit acesteia se constată, se ia act că a intervenit suspendarea de la data deschiderii, potrivit formulării art. 36.

Comportă importanță practică să se stabilească dacă doar pe baza hotărârii respective sau și fără aceasta, de exemplu în cauzele a căror existență rămâne necunoscută în procedură, se produce nu numai de drept dar și efectiv, pe deplin, efectul suspendării. Deosebirea ar consta în faptul că dacă suspendarea intervine de principiu, de la data deschiderii procedurii, între această dată și data hotărârii care se pronunță asupra suspendării, se mai efectuează acte de judecată, acte de executare etc. În contextul în care suspendarea nu înlătură actele efectuate ci doar suspendă continuarea executării, a judecării acțiunii, aparent nu ar avea relevanță dacă mai intervin în plus câteva acte. În realitate, poate avea relevanță. Astfel, de exemplu, într-o poprire individuală, între data deschiderii și data hotărârii de suspendare poate interveni blocarea contului debitorului și distribuirea sumei către creditor. Dacă se consideră intervenită suspendarea de la data deschiderii, debitorul va putea să ceară înlăturarea acelor acte și reîntregirea averii sale cu suma respectivă de bani, altfel, dacă nu se reține un astfel de considerent, nu va exista această posibilitate.

Apreciem că suspendarea intervine efectiv, conform formulării art. 36, de drept de la data deschiderii procedurii, indiferent de faptul că pronunțarea unei hotărâri sub acest aspect necesită timp. În dispozitivul hotărârii intervine mai frecvent formularea „suspendă judecata..." pentru că aceasta corespunde soluționării unei cereri, dar din punct de vedere juridic, ca urmare a aplicării art. 36 se „constată suspendată judecata...", în raport cu data deschiderii procedurii. Efectul hotărârii de suspendare apare mai pregnant pentru viitor, dar aceasta nu înseamnă că pot fi menținute și actele efectuate începând cu data deschiderii procedurii.

În ipoteza în care deși a intervenit suspendarea de drept, actele de executare au continuat, care este sancțiunea ce poate fi reținută în raport cu actele derulate după deschiderea procedurii? Despre o nulitate determinată de necompetența instanței care a continuat judecata acțiunii individuale nu poate fi vorba. Chiar dacă stabilirea creanței și executarea acesteia se realizează și în procedura insolvenței, nu se poate reține că suspendarea acțiunii, măsurii de executare ar interveni pentru că ar fi trecut în competența judecătorului sindic. Sancțiunea actului derulat după deschiderea procedurii în acțiunea sau executarea

individuală poate fi doar o inopozabilitate a actului respectiv (o hotărâre judecătorească, un act de executare etc.), în raport cu procedura insolvenței, care se bazează pe faptul că actele derulate fără observarea formelor legale de procedură sunt anulabile, de exemplu pentru faptul că de cele mai multe ori, odată cu deschiderea procedurii practicianul desemnat în procedură trebuie să reprezinte debitorul și, în fapt, nu prin acesta a continuat debitorul să fie supus acțiunii individuale.

În raport cu suspendarea în baza art. 36, acțiunile, executările silite individuale ale creditorilor se suspendă de drept, iar aceștia trebuie să formuleze declarație de creanță în procedura insolvenței deschisă împotriva debitorului lor.

Față de dispozițiile speciale în acest sens, nu se mai poate accepta pronunțarea unei hotărâri într-o eventuală acțiune individuală în pretenții privind un creditor reclamant și debitorul pârât care să fie opozabilă masei credale, pentru că ar fi justificată contestarea ei de către fiecare dintre ceilalți creditori.

*

Sub un alt aspect, dispozițiile art. 36 prevăd doar suspendarea acțiunilor, măsurilor de executare, ceea ce înseamnă că actele săvârșite în cadrul acestora anterior deschiderii procedurii/suspendării nu sunt înlăturate, desființate ci rămân, în principiu, valabile. În consecință, în cazul în care se suspendă în baza art. 36, de exemplu, o executare silită în care s-a instituit sechestrul, s-ar putea aprecia că suspendarea nu justifică și ridicarea sechestrului.

Este de reținut, însă, că în procedură bunurile debitorului sunt înstrăinate fără a fi grevate de sarcini sau măsuri asigurătorii. În acest context, în doctrină s-a apreciat că grevarea bunurilor este înlăturată încă de la deschiderea procedurii, pe calea suspendării în raport cu prevederile art. 36, acestea constituind temei juridic al ridicării, de exemplu, a sechestrului asigurător aplicat anterior. Or, desigur că instituirea unui sechestru asigurător într-o urmărire individuală are drept consecință faptul că eventualele acte ulterioare de dispoziție asupra bunului sechestrat sunt lovite de nulitate, indisponibilizarea asigurând realizarea executării silite asupra bunului sechestrat. S-ar putea considera că odată cu deschiderea procedurii ar interveni în baza art. 36 și suspendarea sechestrului aferent acțiunilor, măsurilor de executare la

care face referire expresă art. 36, dispărând efectul de indisponibilizare al acestuia pentru urmărirea individuală, din moment ce bunul urmează a fi afectat înstrăinării în cadrul procedurii, iar pentru orice înstrăinare se prevede transmiterea bunului liber de orice sarcină. Această susţinere ar însemna că indisponibilizarea urmare a unui sechestru pus în afara procedurii face parte dintr-o indisponibilizare generală a bunurilor debitorului, intervenită în urma desesizării debitorului la deschiderea procedurii, prin aceasta din urmă urmărindu-se o executare de ansamblu în beneficiul tuturor creditorilor, iar nu numai a aceluia care a obţinut instituirea sechestrului în urmărirea individuală, neînlăturarea şi a sechestrului individual contrazicând desesizarea generală de bunuri a debitorului şi indisponibilizarea acestora pentru derularea procedurii.

Opinia menţionată comportă în mod necesar unele îndreptări şi distincţii. Trebuie reţinut în primul rând că dispoziţiile art. 36 vizează în mod expres suspendarea doar în ceea ce priveşte acţiunile şi măsurile de executare silită, iar nu şi eventuale garanţii sau măsuri asigurătorii. În ceea ce priveşte garanţiile, din cuprinsul mai multor dispoziţii ale Legii nr. 85/2006 rezultă în mod clar că acestea sunt avute în vedere, deci se menţin şi după deschiderea procedurii [art. 39, art. 41 alin. (2), art. 95 pct. 6 lit. e), g), art. 121] şi, prin urmare, nu se poate reţine că de la data deschiderii procedurii, în baza art. 36, ar interveni o suspendare a acestora. În ceea ce priveşte atât sarcinile cât şi măsurile asigurătorii, art. 53 din Legea nr. 85/2006 prevede în mod expres că bunurile înstrăinate de practicianul în insolvenţă în exerciţiul atribuţiilor sale prevăzute de legea insolvenţei, sunt dobândite libere de orice sarcini, de orice fel, ori de măsuri asigurătorii. Prin urmare nici în raport doar cu formularea acestui articol nu se poate reţine că la deschiderea procedurii ar interveni, în baza art. 36, o suspendare sau o ridicare a măsurilor asigurătorii. Nu este suficient nici argumentul în sensul că dacă în baza art. 36 intervine o suspendare a acţiunii/măsurii de executare, atunci trebuie considerat că intervine şi suspendarea măsurii asigurătorii aferentă acesteia. În raport cu textele de lege existente măsurile asigurătorii nu sunt suspendate, ridicate în raport cu art. 36, la deschiderea procedurii, ci sunt înlăturate numai prin actul de înstrăinare în cadrul procedurii a bunului asupra căruia poartă. Este indiscutabil, însă, că de la momentul deschiderii procedurii insolvenţei, măsura asigurătorie nu

mai își poate produce efectele pentru care a fost instituită în executarea individuală, cu privire la care intervine suspendarea, ci subzistă doar aferent procedurii colective, în scopurile și efectele prevăzute de reglementarea acesteia. Dacă nu se ajunge la înstrăinarea bunului până la închiderea procedurii, analiza asupra situației măsurii asigurătorii trebuie să aibă în vedere modul de închidere a procedurii și, ulterior acesteia, măsura în care se menține creanța creditorului, existența sau inexistența posibilității de repunere pe rol a acțiunii/măsurii de executare căreia îi era aferentă măsura asigurătorie, situațiile eventuale putând fi mai mult sau mai puțin complicate. Practic, deschiderea procedurii și dispozițiile art. 36 constituie doar o premisă în timp ce înstrăinarea bunului în procedură constituie cauza înlăturării măsurii asigurătorii. Este și firesc să fie așa pentru că prin vânzarea bunului și repartiția prețului se acoperă pasivul, realizându-se executarea în condițiile procedurii insolvenței (în scop colectiv, iar nu individual), executare în susținerea căreia, atunci când avea caracter individual, se instituise măsura asigurătorie.

Este indicat ca în actul de înstrăinare să se facă mențiunea înlăturării sarcinilor, măsurilor asigurătorii pentru a se putea radia înscrierea acestora, dar trebuie precizat că înlăturarea acestora prin înstrăinare intervine de drept, astfel că și fără o mențiune expresă, doar în baza actului de înstrăinare și a dispozițiilor art. 53 din lege, se poate face radierea.

*

În raport cu formularea inițială a dispozițiilor art. 36 se putea constata (dispune) intervenirea suspendării și în ceea ce privește căile de atac, respectiv, contestațiile la executarea silită, acțiunea în anularea hotărârii arbitrale referitoare la acțiunile judiciare sau extrajudiciare, executările silite.

Aceasta deoarece acțiunea judiciară în sens larg include și căile de atac, precum și actele de executare silită, care la rândul lor sunt vizate de contestație, acțiunea în anularea unei hotărâri arbitrale pronunțată în soluționarea unei acțiuni arbitrale constituie și o cale de atac, iar dispozițiile art. 36 nu distingeau în sens contrar.

În forma care implică referirea expresă la suspendarea „acțiunilor judiciare și extrajudiciare", fără excepții, dispozițiile art. 36 au fost

aplicate un timp îndelungat, începând cu intrarea în vigoare a Legii nr. 64/1995, fără ca din practica judiciară să rezulte că în raport cu aceste dispoziţii debitorului i s-ar fi încălcat accesul la justiţie şi dreptul la apărare, sau să se reţină caracterul neconstituţional al acestor dispoziţii. Nici nu era cazul, de altfel, pentru că prin Legea nr. 64/1995, legiuitorul a introdus în materia insolvenţei o reglementare internă modernă în comparaţie cu aceea din Codul comercial, urmărind asigurarea unei efective celerităţi a procedurii. Reglementarea din Codul comercial nu se baza pe suspendarea acţiunilor judiciare şi extrajudiciare şi preluarea rezolvării lor în procedura de verificare a creanţelor, intrinsecă procedurii insolvenţei, ci, pornind de la desesizarea debitorului de bunurile sale (echivalentul actualei ridicări a dreptului de administrare), lăsa să se deruleze acţiunile respective potrivit dreptului comun (atât în primă instanţă cât şi în căile de atac), în afara procedurii falimentului, singura schimbare fiind aceea că din momentul deschiderii procedurii acţiunile erau îndreptate împotriva judecătorului sindic, care prelua administrarea falimentului şi ale cărui atribuţii revin în prezent practicianului în insolvenţă. În aceste condiţii, era întru totul firească nesuspendarea acţiunilor judiciare şi extrajudiciare, inclusiv la nivelul căilor de atac, dar, pe de altă parte, nici nu putea fi vorba de celeritatea procedurii, a cărei finalizare era subordonată soluţionării mai întâi a acţiunilor respective. Pentru a preveni, cel puţin în parte, tergiversarea procedurii, începând cu Legea nr. 64/1995 legiuitorul a menţinut, de principiu, soluţionarea acţiunilor promovate de debitor în calitate de reclamant în afara procedurii, dar, în ceea ce priveşte acţiunile judiciare sau extrajudiciare promovate împotriva debitorului pentru realizarea creanţelor faţă de acesta, a instituit regula suspendării tuturor acestora de la data deschiderii procedurii, de care a legat şi alte efecte (suspendarea cursului prescripţiei – art. 40 etc.). În practica şi doctrina judiciară, interpretarea dispoziţiilor privind suspendarea adoptate odată cu Legea nr. 64/1995 a fost majoritară, în mod corect, în sensul că faţă de formularea generală a textului de lege se impune aprecierea în sens larg a noţiunilor de „acţiuni judiciare şi extrajudiciare", acestea incluzând şi măsurile de executare silită, fie cu caracter judiciar, fie extrajudiciar, în mod necesar specificului procedurii insolvenţei; de asemenea, interpretarea era majoritară şi sub aspectul intervenirii suspendării, potrivit

art. 36, inclusiv în căile de atac. În plus caracterul executoriu al sentinţei de primă instanţă în materie comercială implică o reglementare legală expresă în sensul respectiv, fără a se putea reţine caracterul neconstituţional, încălcarea dreptului la apărare, a liberului acces la justiţie, a dublului grad de jurisdicţie. Practic, formularea iniţială a art. 36 şi-a dovedit viabilitatea şi fiabilitatea.

În mod cu totul singular, s-ar putea spune, în doctrină s-a exprimat şi o opinie contrară, în raport cu forma iniţială a art. 36, în sensul că aplicarea efectului suspensiv şi în căile de atac ar fi de natură să atragă consecinţe inadmisibile, în unele cazuri. De exemplu, hotărârea pronunţată în materie comercială în primă instanţă, prin care s-a admis o acţiune în pretenţii împotriva pârâtului, este executorie şi constituie titlu executoriu. Dacă după pronunţarea ei se deschide procedura împotriva pârâtului debitor, în cadrul acesteia nu se verifică şi o astfel de creanţă, deoarece este constatată printr-un titlu executoriu. Dacă suspendarea poate interveni şi în privinţa judecăţii căilor de atac, creanţa rămâne stabilită doar printr-o hotărâre de primă instanţă, care devine practic ca şi irevocabilă, astfel că nu va mai putea fi îndreptată. Mai mult, dacă procedura se va încheia prin radierea debitorului, în lipsa acestuia nici nu va mai avea cine să reia judecata suspendată a căilor de atac. Se aprecia că astfel se încalcă dreptul la apărare, liberul acces la justiţie, dublul grad de jurisdicţie, ajungându-se la o situaţie injustă pentru debitor, dar şi pentru ceilalţi creditori, care primesc concursul acestei creanţe, considerându-se chiar că dispoziţiile art. 36 sunt neconstituţionale. Se aprecia că pentru înlăturarea acestor neajunsuri trebuie considerat că efectul suspensiv nu se extinde şi asupra apărărilor pârâtului contra acţiunii creditorului, apărări care trebuie să se poată face şi prin formularea căilor de atac. Aceasta pentru că art. 36 este edictat în scopul de a asigura caracterul colectiv al procedurii, iar nu pentru a bloca dreptul la apărare al debitorului, deci trebuie să vizeze doar latura activă a acţiunii contra debitorului, adică demersul individual al creditorului, nu şi apărarea debitorului, care nu trebuie să fie lăsat fără apărare. În sensul susţinut, din perspectiva creditorilor, dacă suspendarea intervine şi în căile de atac, în cazul în care se deschide procedura până la pronunţarea în primă instanţă în acţiunea în pretenţii, aceştia nu au de pierdut pentru că au timp să facă declaraţie de creanţă

în procedură, judecata fiind practic înlocuită cu verificarea creanței în cadrul acesteia. Dar, dacă în primă instanță acțiunea s-a respins, iar calea de atac ar fi supusă suspendării odată cu deschiderea procedurii, creanța pe care ar pretinde-o creditorul ar putea fi respinsă pe motiv că a fost respinsă de instanță. Mai mult, la închiderea procedurii, se stinge orice creanță față de debitor. În cazul creditorilor efectul suspensiv nu poate fi înlăturat, însă, în niciun fel. Măsura suspendării prevăzută de art. 36 nu exista nici anterior, în reglementarea Codului comercial, ci acțiunile falitului – cu unele excepții – erau exercitate de judecătorul sindic, iar cele contra debitorului și bunurilor sale se exercitau „în contra judecătorului sindic", adică împotriva debitorului reprezentat de judecătorul sindic, deci se prevedea nu suspendarea ci continuarea acestor din urmă acțiuni sau urmăriri silite, inclusiv în căile de atac. În contextul acestei opinii se propunea revenirea la soluția consacrată de codul comercial, în sensul limitării efectului suspensiv doar la urmăririle silite individuale, iar în ceea ce privește acțiunile, doar la judecata în primă instanță, nu și în căile de atac.

După cum lesne se poate observa, modificarea art. 36 intervenită prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008 a preluat parțial propunerea menționată anterior, propunere care, în raport cu cele arătate, constituia doar aparent soluția consacrată de Codul comercial român, în realitate fiind o preluare dintr-o altă reglementare națională în materia insolvenței.

Efectele modificării textului de lege pot fi apreciate sub următoarele aspecte:

Nu de puține ori creditorii au dat curs unei practici incorecte în sensul că formulau împotriva debitorului atât o acțiune în pretenții de drept comun cât și cererea de deschidere a procedurii insolvenței, reușind să obțină o hotărâre de primă instanță executorie, împotriva căreia debitorul formula căile de atac, dar fără folos, pentru că între timp intervenea și hotărârea de deschidere a procedurii cu consecința suspendării de drept a judecății acestora. Modificarea nu privește doar hotărârile de primă instanță pronunțate până la data modificării textului de lege, pentru că și după această dată creditorii pot recurge la practica menționată, numai că acum căile de atac promovate de debitor nu vor mai fi supuse efectului suspensiv.

Dacă judecata în primă instanţă a acţiunii creditorului nu se finalizează până la data deschiderii procedurii, cu privire la aceasta va interveni efectul suspensiv, inclusiv în ceea ce priveşte căile de atac promovate de creditor. În raport cu acest din urmă aspect, creditorul care a pierdut în judecata în primă instanţă a acţiunii promovate împotriva debitorului, nu e împiedicat să formuleze declaraţie de creanţă în procedura insolvenţei, dovedindu-şi creanţa cu probele obişnuite, avute în vedere în acţiune. Debitorul îi va putea contesta, însă, probele şi, deci creanţa, în procedură, opunându-i chiar hotărârea de primă instanţă, executorie în materie comercială, prin care i s-a respins acţiunea, referitor la aceeaşi creanţă, iar creditorul este lipsit de beneficiul promovării căilor de atac, acestea fiind supus efectului suspensiv. Nu poate fi reţinută din punct de vedere juridic ideea că hotărârea prin al cărei dispozitiv s-a respins acţiunea (creanţa) creditorului nu comportă nici un aspect executoriu, astfel că nu poate fi apreciată drept un titlu executoriu şi, în consecinţă, nu îi sunt aplicabile dispoziţiile art. 66 alin. (1) din lege, iar practicianul în insolvenţă şi, ulterior, judecătorul sindic în contestaţia prevăzută de art. 73 ar putea să nu ţină cont de această hotărâre. Prin urmare, aspectul reţinut de legiuitor, în justificarea modificării art. 36, în sensul că se încalcă drepturile debitorului, s-a transferat în urma modificării respective, asupra şi în detrimentul creditorului, care se vede sancţionat cu pierderea efectivă a dreptului de creanţă, în procedură şi cel mai probabil şi după închiderea acesteia, tot din cauza unei hotărâri doar de primă instanţă. Aceasta, cu toate că, de cele mai multe ori, promovarea mai întâi a unei acţiuni în pretenţii de către creditor, în mod obişnuit, nu constituie un aspect nelegal şi nici nu comportă rea-credinţă, mai ales când cererea de deschidere a procedurii a fost formulată de alt creditor sau chiar de debitor; textul de lege, astfel cum a fost modificat nu face nicio distincţie între creditori în raport cu astfel de situaţii. Consecinţa va fi, cu siguranţă, rezerva creditorilor în promovarea unor acţiuni judiciare şi preferinţa pentru formularea unor cereri de deschidere a procedurii insolvenţei pentru realizarea creanţelor lor împotriva debitorilor. Considerăm că, în raport cu criteriile avute în vedere de legiuitor, ar fi fost preferabilă modificarea textului de lege în sensul prevederii, cu titlu special, că în procedura insolvenţei hotărârile judecătoreşti sunt probe valabile pentru

dovedirea creanţelor doar în măsura în care au caracter definitiv şi/sau irevocabil.

Prin modificarea art. 36 se face referire la „căi de atac" fără nici o distincţie asupra naturii lor juridice, iar în Codul de procedură civilă sunt considerate a avea această natură apelul şi cele trei căi de atac extraordinare: recursul, contestaţia în anulare, revizuirea. Dacă s-ar interpreta că întocmirea tabelului preliminar şi/sau definitiv al obligaţiilor debitorului ar trebui să se amâne până la finalizarea acestor căi de atac ar fi evidentă posibilitatea debitorului de a tergiversa procedura un timp îndelungat, în dauna principiului celerităţii. Aparent, îndeosebi în raport cu motivele avute în vedere de legiuitor pentru modificarea textului de lege, s-ar putea susţine că în contextul art. 66 alin. (1) şi art. 73 din lege, verificarea creanţei în căile de atac subordonează sau cel puţin ţine pe loc procedura de verificare a creanţelor intrinsecă procedurii insolvenţei, debitorul putând cere chiar şi suspendarea acestei din urmă proceduri (întocmirea tabelului preliminar, judecata contestaţiilor împotriva acestuia etc.), până la soluţionarea căilor de atac pe care le promovează. Or, din textul de lege astfel cum a fost modificat nu rezultă, expres sau implicit, o astfel de posibilitate, iar formularea motivelor avute în vedere de legiuitor nu este decât aparentă în sensul respectiv. Practic, legiuitorul a permis debitorului ca prin căile de atac să verifice valabilitatea creanţei stabilită împotriva lui prin hotărârea de primă instanţă invocată de creditor, dar aceasta în paralel, fără să se prevadă vreo ingerinţă în ceea ce priveşte derularea în continuare a procedurii insolvenţei. În condiţiile în care hotărârea de primă instanţă este executorie, prin ea se probează în mod legal creanţa şi, prin urmare, trebuie să i se dea curs în cadrul procedurii de verificare din cadrul procedurii insolvenţei, întocmindu-se tabelul preliminar şi cel definitiv al obligaţiilor debitorului. Doar dacă în căile de atac debitorul obţine suspendarea executării hotărârii respective, procedura de verificare din procedura insolvenţei nu va mai putea continua în baza acelei hotărâri dar creditorul are posibilitatea să o înlocuiască cu alte probe, care vor constitui obiectul verificării, cât timp căile de atac nu se vor fi soluţionat. Dacă debitorul are câştig de cauză în căile de atac, în sensul înlăturării hotărârii de primă instanţă, mai înainte de întocmirea tabelului definitiv, creanţa creditorului nu va mai fi menţio-

nată în acest tabel, creditorul neputând nici înlocui hotărârea cu alte probe. O apreciere distinctă o comportă situația în care debitorul are câștig de cauză în căile de atac după întocmirea tabelului definitiv, în care s-a menționat creanța prevăzută prin hotărârea de primă instanță. Dispozițiile art. 75 din lege prevăd posibilitatea modificării tabelului definitiv în cazul „descoperirii unor titluri hotărâtoare și până atunci necunoscute". În dreptul comun, formulări similare a fost apreciate, de regulă, în sensul că hotărârea necunoscută trebuie și să preexiste, ceea ce ar însemna ca dispozițiile art. 75 nu sunt aplicabile în ipoteza în discuție. Or, dispozițiile din dreptul comun și cu atât mai mult interpretările acestora nu sunt întotdeauna compatibile cu reglementarea insolvenței, iar hotărârea câștigată de debitor în căile de atac îndeplinește, de fapt, în concret, cerințele la care se referă dispozițiile art. 75, astfel că se va putea modifica în baza acesteia tabelul definitiv în sensul radierii creanței în discuție. Ipoteza în care debitorul are câștig de cauză în căile de atac după închiderea procedurii insolvenței nu mai are legătură cu această procedură.

În raport cu art. 36, aparent, în judecata căilor de atac în discuție, în mod excepțional nu se pune problema reprezentării debitorului prin practicianul în insolvență, indiferent dacă se ridică sau nu dreptul de administrare. Aceasta, pentru că în procesul respectiv, la judecata în primă instanță debitorul a fost reprezentat prin administratorul statutar. Aceeași reprezentare se justifică și în căile de atac, cu atât mai mult cu cât, astfel cum s-a arătat nu este vorba de soluția consacrată în Codul comercial, ci de o judecată exterioară procedurii insolvenței, lăsată să continue. Potrivit motivelor legiuitorului, „debitorul este lăsat să exercite căile de atac", iar practicianul nu poate fi pus în situația de a exercita atribuții contrare (susținerea poziției debitorului în căile de atac și, pe de altă parte, luarea în considerare a hotărârii atacate în procedura de verificare intrinsecă procedurii insolvenței). Cel mult administratorul statutar ar putea fi înlocuit, în condițiile legii speciale, cu administratorul special. Pe de altă parte trebuie avut însă în vedere că dispozițiile art. 36 se referă doar la nesuspendarea judecății în căile de atac declarate de debitor, fără să prevadă vreo excepție de la regulile specifice procedurii insolvenței referitoare la reprezentarea debitorului în desfășurarea unor astfel de judecăți, aceste reguli trebuind, în consecință, să

fie aplicate, în sensul reprezentării debitorului prin practicianul în insolvență.

Este de reținut că dispozițiile art. 36 au în vedere în sensul arătat, al lipsei efectului suspensiv, doar căile de atac declarate de debitor.

Măsurile de executare silită sunt supuse efectului suspensiv. În cazul lor nu se pune problema căilor de atac și a nesuspendării acestora pentru că acestea ar putea fi formulate în raport cu contestația la executare, or aceasta nu poate fi formulată din moment ce executarea este suspendată de drept de la momentul deschiderii procedurii, neputându-se accepta derularea unei executări individuale în paralel cu procedura insolvenței, pentru că s-ar nega astfel caracterul colectiv esențial al acesteia.

În raport cu modificarea dispozițiilor art. 36 din lege, „acțiunile extrajudiciare" nu mai constituie obiectul efectului suspensiv al deschiderii procedurii, cu precizarea că în cuprinsul acestora au rămas doar acelea având ca scop stabilirea obligației de plată a creanței, pentru că măsurile de executare silită sunt prevăzute distinct de art. 36, indiferent că sunt judiciare sau extrajudiciare. În general, din moment ce majoritatea acțiunilor extrajudiciare nu se finalizează cu un titlu executoriu, pentru creditori este mai util să formuleze direct cerere de deschidere a procedurii insolvenței.

Acțiunea arbitrală, prin natura ei juridică, trebuie apreciată drept o acțiune judiciară, iar hotărârea arbitrală poate fi investită cu formulă executorie. Prin urmare și în cazul acestei acțiuni intervine efectul suspensiv, considerând că dispozițiile art. 36 o au în vedere în acest sens. În cazul acțiunii în anularea hotărârii arbitrale, dacă aceasta este apreciată drept o acțiune (judiciară), va fi supusă efectului suspensiv, iar dacă este considerată cale de atac, ca și recursul subsecvent, în ipoteza promovării de către debitor nu este supusă suspendării, în raport cu dispozițiile exprese sub acest aspect ale art. 36. În raport cu normele juridice în vigoare practica nu este unitară în privința naturii juridice a acțiunii în anularea hotărârii arbitrale, opinia personală fiind în sensul că aceasta trebuie totuși apreciată drept o cale de atac specifică.

*

Referitor la suspendarea intervenită în temeiul dispozițiilor art. 36 din lege în cauzele privind o acțiune judiciară sau o urmărire indivi-

duală, vizate prin aceste dispoziții, în doctrină s-a susținut că dacă procedura insolvenței privindu-l pe debitor durează mai mult decât până la împlinirea termenului de perimare (și de regulă durează), sunt îndeplinite condițiile legale pentru constatarea perimării, în baza dispozițiilor art. 248 alin. (1) și (2) și urm. C. proc. civ. Dar, posibilitatea în acest sens este doar aparentă. În realitate, nefiind vorba de o suspendare de natura celei de drept comun, nu poate interveni nici perimarea și nici nu se poate repune pe rol acțiunea judiciară, urmărirea silită, cât timp procedura insolvenței este încă pe rol. Dispozițiile art. 36 instituie o suspendare legală având caracter special, inclusiv sub aspectul cauzei, în raport cu care nu se poate reține că, din culpa părților, cauza ar fi rămas în nelucrare, cu consecința intervenirii perimării. Doar dacă dispare motivul suspendării în baza art. 36, adică procedura insolvenței încetează să mai fie pe rol, se va putea cere repunerea pe rol a cauzei suspendate, de către părțile interesate.

3.3. Aspecte particulare (de speță)

1. Anularea actelor efectuate contrar prevederilor art. 36 din Legea nr. 85/2006.

Într-o speță, după deschiderea procedurii insolvenței împotriva unui debitor, executorul judecătoresc a continuat și a finalizat executarea silită împotriva debitorului, la cererea creditorului, pentru recuperarea creanței acestuia. În raport cu actele de executare efectuate, creanța a fost plătită creditorului. Executarea silită nu a fost suspendată deoarece în mod efectiv executorul nu a avut cunoștință despre deschiderea procedurii împotriva debitorului supus executării individuale. Aceasta înseamnă doar că executorul nu este în culpă, dar actele de executare au fost efectuate contrar dispozițiilor art. 36 și, prin urmare, se impune înlăturarea lor. În acest scop s-a formulat acțiune în anularea actelor de plată a creanței (care a și fost admisă în final), motivată prin faptul că din moment ce legea specială prevede expres anularea actelor frauduloase anterioare deschiderii procedurii, pentru refacerea patrimoniului debitorului, cu atât mai mult se impune anularea oricăror acte contrare legii, având ca rezultat micșorarea averii debitorului, intervenite după

deschiderea procedurii. În acest sens, potrivit art. 46 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, în afară de cazurile prevăzute de art. 49 sau cele autorizate de judecătorul sindic, toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii sunt nule. În judecata acțiunii în anulare, creditorul a cărei creanță a fost plătită în cadrul executării silite s-a apărat susținând că nu i-ar fi aplicabile prevederile art. 46 alin. (1) din lege, deoarece plata creanței nu a fost efectuată de către debitor ci de către executorul judecătoresc. Or, această susținere constituie o interpretare greșită a textului art. 46 alin. (1), deoarece chiar dacă plata creanței a intervenit în cadrul executării silite, nu se poate reține că ar fi vorba de o plată din partea executorului, ci din partea debitorului – desigur pe calea executării silite, iar nu benevol – dar dispozițiile art. 46 alin. (1) nu disting sub acest aspect.

Sub un alt aspect, în cazul în care, mai înainte de deschiderea procedurii insolvenței sau de ridicarea suspendării executării hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței obținute în baza art. 300 alin. (2) C. proc. civ., într-o executare silită prin poprire derulată împotriva debitorului executorul judecătoresc a obținut suma de bani din contul debitorului fără însă să o fi virat în contul creditorului, astfel că nu a intervenit plata creanței pe calea executării silite și nici nu s-a încheiat această executare, nu numai că este aplicabil efectul suspensiv prevăzut de art. 36 în ceea ce privește executarea prin poprire, dar executorul nici nu va putea să rețină suma de bani în continuare, ci va trebui să o restituie la averea debitorului aflat în procedura insolvenței. Aceasta, deoarece deschiderea procedurii nu numai că suspendă măsura de executare silită individuală, dar pentru realizarea creanțelor împotriva debitorului devine prioritară procedura insolvenței, iar eventuala reluare a executării silite individuală se va subordona consecințelor cu care s-a încheiat procedura insolvenței. Plata creanței este preluată în obiectul procedurii, potrivit regulilor acesteia, iar în acest scop trebuie utilizată întreaga avere a debitorului, astfel că executorul nu mai poate justifica reținerea sumei în baza unei executări silite individuale suspendate. În cazul în care executorul refuză restituirea sumei în averea debitorului negând interpretarea art. 36 în sensul arătat, debitorul, prin practicianul în insolvență, în baza principiului maximizării averii debitorului, are obligația să solicite judecătorului sindic să dispună restituirea sumei.

Situaţia nu echivalează cu o acţiune în pretenţii pentru încasarea de către debitor a unei creanţe proprii, ci presupune pronunţarea cu privire la întinderea şi consecinţele efectului suspensiv prevăzut de art. 36, în ceea ce priveşte averea debitorului, ca element specific procedurii insolvenţei, astfel că trebuie reţinută competenţa judecătorului sindic iar nu a instanţei de drept comun, în soluţionarea cererii.

2. Suspendarea popririi şi validării de poprire

Poprirea se înfiinţează asupra sumelor aparţinând debitorului, deţinute de terţul poprit şi în raport cu aceasta sunt aplicabile prevederile art. 36 din Legea nr. 85/2006.

În cazul validării de poprire şi a executării validării, aparent se obţine/se execută un titlu executoriu împotriva terţului poprit iar nu asupra averii debitorului; în acest context se consideră că terţul poprit devine debitorul creditorului, creanţa creditorului fiind executată nu asupra sumelor aparţinând debitorului deţinute de terţul poprit, ci asupra sumelor aparţinând chiar terţului poprit. Prin urmare, situaţia terţului poprit ar fi similară cu aceea a garantului colateral (altul decât debitorul) al creditorului, împotriva căruia creditorul poate continua executarea silită individuală şi în paralel cu procedura insolvenţei, evident în afara acesteia. Cum dispoziţiile art. 36 se referă la suspendarea acţiunilor împotriva bunurilor debitorului, în care nu se încadrează şi sumele proprii ale terţului poprit, pentru care acesta este executat silit de către creditor, ar rezulta astfel că validarea de poprire şi punerea în executare a acesteia nu ar fi supusă suspendării în baza art. 36 din Legea nr. 85/2006.

Dar, îndeosebi în cazul băncilor, când acestea au calitatea de terţ poprit, adeseori debitorul urmăreşte în mod fraudulos să obţină validarea popririi împotriva terţului poprit, procedând totodată la scoaterea sumelor proprii depuse şi aflate în deţinerea acestuia din urmă. Într-o astfel de situaţie terţul poprit va fi executat prin validarea de poprire şi mai apoi nu va putea să-şi recupereze de la debitor sumele pe care le-a plătit din averea proprie pentru debitul acestuia. În ipoteza în discuţie, în care este deschisă procedura împotriva debitorului, terţul poprit va trebui să facă declaraţie de creanţă în cadrul procedurii pentru sumele plătite în contul debitorului. Dovedirea, de către terţul poprit a creanţei

într-o astfel de situaţie poate ridica probleme de apreciere, dar considerăm că hotărârile privind validarea şi actele privind punerea în executare a acesteia pot face dovada deplină a creanţei terţului poprit împotriva debitorului. În această situaţie, în calitatea de creditor intervine terţul poprit în locul creditorului iniţial, ceea ce nu este deloc echitabil pentru terţul poprit în cazurile în care acesta din urmă nu a fost în culpă sau de rea - credinţă în ceea ce priveşte neexecutarea popririi.

S-ar impune, deci, o reanalizare a situaţiei validării de poprire în raport cu prevederile art. 36, luând în considerare că acestea se referă textual nu numai la acţiunile sau măsurile de executare în realizarea creanţelor asupra bunurilor debitorului ci şi, în general, asupra debitorului în sine; de asemenea, validarea de poprire trebuie apreciată, dincolo de aparenţe, ca o acţiune vizând debitorul iar nu terţului poprit. Chiar dacă este vorba de o validare, aceasta se referă tot la poprire, care este efectuată împotriva debitorului; validarea de poprire nu priveşte doar creditorul şi terţul poprit ci şi debitorul, nu implică chiar un titlu împotriva terţului poprit, pentru un debit propriu al acestuia, ci pentru realizarea creanţei împotriva debitorului, deci pentru debitul acestuia din urmă, iar nu pentru o datorie a terţului poprit şi nu vizează teoretic chiar bunurilor terţului poprit ci ideea unei confuziuni între bunurile, sumele de bani ale acestuia şi cele datorate în contextul popririi de către debitorul propriu-zis. Prin urmare, chiar dacă nu este clar vorba de o acţiune împotriva bunurilor debitorului, în raport cu procedura insolvenţei validarea de poprire trebuie privită mai curând ca o continuare a popririi, a acţiunii împotriva debitorului (sau în principal împotriva debitorului), situaţie în care în baza art. 36 din Legea nr. 85/2006 ar trebui avută în vedere şi suspendarea validării de poprire şi a executării acesteia.

*

3. Într-o altă cauză, în raport cu acţiunea în pretenţii a reclamantului s-a formulat şi cerere reconvenţională de către pârât, prin care acesta pretinde o creanţă proprie împotriva reclamantului, iar ulterior, împotriva pârâtului-reclamant s-a deschis procedura insolvenţei. În acest caz, în temeiul dispoziţiilor art. 36 se poate suspenda judecata acţiunii principale, dar dispoziţiile respective nu sunt aplicabile în acest sens şi cererii reconvenţionale, sub aspectul creanţei invocate de pârâtul-debitor

împotriva reclamantului-creditor, deoarece acesta din urmă nu este supus procedurii insolvenței. Practic, va trebui să se procedeze la disjungerea judecății cererii reconvenționale și la judecarea ei în mod separat, pârâtul-reclamant, debitor în procedura insolvenței, urmând să fie reprezentat conform regulilor acestei proceduri. Chiar dacă judecata cererii reconvenționale ar fi strâns legată de aceea a acțiunii principale, nu se poate recurge și la suspendarea judecății cererii reconvenționale, în temeiul art. 244 C. proc. civ., pentru că și recuperarea propriilor creanțe ale debitorului este obligatorie pentru derularea procedurii insolvenței, potrivit principiului maximizării averii debitorului și în conformitate cu dispozițiile art. 20 alin. (1) lit. l), art. 52 din Legea nr. 85/2006.

*

4. Într-un alt caz, doctrina a apreciat că în situația în care un creditor nu depune declarație de creanță în termenul legal și, în consecință, nu este trecut în tabelul creanțelor, dar cere în mod separat executarea silită în baza dreptului comun iar executorul judecătoresc trece la executare, atunci, la solicitarea practicianului desemnat în procedură, judecătorul sindic ar avea obligația să dispună suspendarea sau încetarea executării silite asupra bunurilor din averea debitorului, deoarece astfel doar ar constata intervenirea suspendării de drept. Or, opinia în acest sens este categoric eronată. În raport cu dispozițiile art. 6, 11 etc. din Legea nr. 85/2006 competența tribunalului, prin judecătorul sindic, privește doar procedurile reglementate prin Legea nr. 85/2006, în care nu se încadrează și aceea referitoare la executarea silită de drept comun. Într-o astfel de situație debitorul, în primul rând, trebuie să solicite executorului judecătoresc, în baza art. 36, să suspende executarea, inclusiv pe calea contestației la executarea silită, la instanța competentă potrivit dreptului comun.

În mod similar, judecătorul sindic nu poate dispune, la cererea practicianului în insolvență, nici suspendarea judecății unei acțiuni în realizarea creanțelor formulată de un creditor împotriva debitorului, aflată pe rolul instanței de drept comun și în care nu se cunoaște despre aspectul deschiderii procedurii. În ipoteza respectivă, indiferent de măsura în care află judecătorul sindic despre acțiune, practicianul, care reprezintă debitorul în acea judecată, este acela care trebuie să ceară

suspendarea în cauza având ca obiect acţiunea în realizarea creanţelor, judecătorul sindic neavând competenţă şi în ceea ce priveşte cauza respectivă.

De asemenea, s-a mai susţinut că dacă un creditor are o acţiune în realizarea creanţei împotriva debitorului, în cazul în care se deschide procedura insolvenţei acţiunea nu se poate suspenda dacă creanţa pretinsă se compensează cu propria creanţă a debitorului împotriva creditorului, urmând ca instanţa de drept comun să dispună compensarea; aceasta pentru a nu se mai pierde timp inutil cu înscrierea creditorului în procedură şi aplicarea dispoziţiilor art. 52 din Legea nr. 85/2006, privind posibilitatea creditorului de a cere compensarea şi în cadrul procedurii insolvenţei. Or, dispoziţiile art. 52 prevăd posibilitatea creditorului de a invoca compensarea în cadrul procedurii insolvenţei şi nu constituie nici o excepţie de la aplicarea art. 36, compensarea apărând ca un mod de realizare a creanţei. Chiar dacă efectul este, în final, acelaşi, compensarea implică şi evaluarea creanţelor care se compensează etc. iar astfel de operaţiuni trebuie îndeplinite în cadrul procedurii, potrivit regulilor acesteia.

§4. Comunicarea deschiderii procedurii în legătură cu efectul suspensiv (art. 36)

Potrivit art. 37 din Legea nr. 85/2006, în vederea aplicării prevederilor art. 36, prin sentinţa de deschidere a procedurii judecătorul sindic va dispune comunicarea acesteia către instanţele judecătoreşti în a căror jurisdicţie se află sediul debitorului declarat la registrul comerţului şi tuturor băncilor unde debitorul are deschise conturi.

Aplicarea dispoziţiilor art. 37 implică în mod necesar, dar nu obligatoriu ca acţiunile judiciare, măsurile de executare silită supuse efectului suspensiv să fie listate în prealabil în dosarul având ca obiect procedura insolvenţei. Legiuitorul a prezumat că majoritatea acţiunilor judiciare supuse suspendării se pot afla pe rol la instanţa în raza căreia se află sediul debitorului, acolo unde de regulă se află şi bunurile debitorului, iar pentru disponibilităţi băneşti a vizat băncile. Tribunalul

va avea în vedere și alte instanțe dacă sunt indicii că trebuie efectuată și acestora comunicarea referitoare la deschiderea procedurii.

Este indicat ca practicianul în insolvență să formuleze cererile de suspendare a acțiunilor judiciare sau executărilor silite, mai ales în lipsa unui demers al părților în acest sens, indicând la dosarul acestora și dosarul în care s-a deschis procedura insolvenței, pentru ca reclamantul să se îndrepte cu declarație de creanță în cadrul acestuia din urmă.

În cazul în care o bancă este și creditor al debitorului se justifică mutarea eventualului cont deținut de debitor la aceasta, pentru că banca este tentată să-și îndestuleze creanța din contul respectiv. Dacă contul este blocat prin poprire se va cere ridicarea popririi instituite și transferarea soldului creditor în contul lichidării debitorului.

§5. Asigurarea furnizării de servicii (art. 38)

Potrivit art. 38 din Legea nr. 85/2006, orice furnizor de servicii – electricitate, gaze naturale, apă servicii telefonice sau altele asemenea – nu are dreptul, în perioada de observație și în perioada de reorganizare, să schimbe, să refuze ori să întrerupă temporar un astfel de serviciu către debitor sau către averea debitorului, în cazul în care acesta are calitatea de consumator captiv, potrivit legii.

Potrivit art. 3 pct. 32 din Legea nr. 85/2006 prin consumator captiv se înțelege consumatorul care, din considerente tehnice, economice sau de reglementare, nu poate alege furnizorul.

La deschiderea procedurii se poate constata că o serie de contracte de servicii, privind furnizarea de utilități, al căror beneficiar este debitorul, sunt deosebit de împovărătoare pentru acesta și, dacă se poate găsi un furnizor de servicii la un preț mai mic, în contextul aplicării dispozițiilor art. 86 din Legea nr. 85/2006, practicianul va putea proceda la denunțarea acestor contracte și va putea încheia un contract de furnizare de utilități mai favorabil, pentru maximizarea averii debitorului.

În alte cazuri, fără a mai prezenta relevanță prețul, debitorul nici nu are alternativa încheierii de contracte cu un furnizor alternativ. Încheierea, continuarea, nemodificarea furnizării de utilități îi sunt, însă, necesare debitorului pentru continuarea unor activități (de exemplu, este

nevoie de electricitate pentru asigurarea pazei bunurilor, de apă pentru că debitorul are o fabrică de conserve etc.). Pentru că debitorul se află în încetare de plăţi furnizorul este interesat să nu mai continue executarea contractului de furnizare, dat fiind şansele mari de a nu mai obţine contravaloare furniturilor şi devine tentat în a iniţia modificarea, întreruperea sau refuzul furnizării. Pentru această din urmă ipoteză dispoziţiile art. 38 vin să protejeze situaţia debitorului, în sensul că furnizorul este obligat să continue contractul cu debitorul, condiţia fiind, însă, ca debitorul să reprezinte faţă de furnizor un consumator captiv, adică să nu poată apela la un alt furnizor din motive tehnice (de exemplu, dacă în zonă nu se află decât reţeaua de distribuţie a unui singur distribuitor de gaze), economice (de exemplu, debitorul ar putea aduce apă de la o distanţă mai mare, dar evident ar creşte costurile de aprovizionare) sau de reglementare (de exemplu, în cazul în care deşi sunt şi alţi furnizori în zonă, prin lege s-a prevăzut ca debitorul să poată apela doar la acela care îndeplineşte o anume calitate). Aceasta protecţie se justifică îndeosebi în perioada de observaţie (îndeosebi în cazul în care se justifică continuarea activităţii debitorului) şi în perioada de reorganizare judiciară propriu-zisă, de aplicare a planului confirmat, tocmai pentru a nu se compromite realizarea reorganizări judiciare, scopul fiind menţinerea averii debitorului cel puţin în parametrii existenţi la deschiderea procedurii şi, respectiv, asigurarea posibilităţilor de reorganizare (când asigurarea utilităţilor condiţionează chiar derularea activităţilor prevăzute prin plan).

Dar, exclusiv în perioada de reorganizare propriu-zisă, potrivit art. 104 din Legea nr. 85/2006, prin excepţie de la dispoziţiile art. 38 judecătorul sindic poate să dispună ca debitorul să depună o cauţiune la o bancă, pentru ca furnizorul, indiferent dacă faţă de acesta debitorul este captiv sau nu, să continue livrarea utilităţilor. Stabilirea cauţiunii este însă facultativă şi nu va putea depăşi 30 % din costul serviciilor prestate debitorului şi neachitate ulterior deschiderii procedurii (este vorba deci de 30 % din contravaloarea furniturilor intervenite după deschiderea procedurii).

Aceasta, în contextul în care, în raport cu dispoziţiile art. 64 alin. (6) din Legea nr. 85/2006, astfel cum a fost introdus prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008, în cazul tuturor creanţelor

născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observaţie sau în procedura reorganizării judiciare, acestea vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea la masa credală, aceste dispoziţii aplicându-se în mod corespunzător şi pentru creanţele născute în procedura falimentului. În ceea ce priveşte eventualele creanţe anteriore deschiderii procedurii furnizorii, în general, nu pot fi trataţi într-un mod mai favorabil decât ceilalţi creditori.

În acelaşi context, în vederea analizării în mod coroborat a textelor de lege, trebuie amintite şi dispoziţiile art. 96 alin. (1) privind posibilitatea constituirii unei categorii separate de creditori, furnizorii, fără de care activitatea debitorului nu se poate desfăşura şi care nu pot fi înlocuiţi. Apreciindu-se că şi aceşti creditori votează planul, în doctrină s-a considerat că şi creanţele lor, pentru ceea ce au furnizat după deschiderea procedurii, trebuie în mod obligatoriu să fie incluse în plan. Într-o altă opinie, s-a considerat că valoarea furniturilor intervenite după deschiderea procedurii reprezintă, practic, cheltuieli de administrare a procedurii şi, prin urmare, nu trebuie în mod obligatoriu inclusă în plan. Această din urmă interpretare este cea adecvată. În cadrul acesteia, includerea în planul de reorganizare se referă la menţionarea acestor creanţe în tabelul de creanţe cuprins în planul respectiv, tabel care, potrivit art. 3 pct. 22 din lege, se raportează la tabelul definitiv de creanţe, la care se ajunge în urma derulării procedurii de verificare, pornindu-se de la declaraţiile de creanţă, iar acestea din urmă se pot formula, potrivit art. 64 alin. (1), doar pentru creanţe anterioare deschiderii procedurii. Or, creanţele născute în perioada de observaţie provin îndeosebi din continuarea activităţii potrivit art. 49 şi 86 sau în contextul prevăzut de art. 38 şi, evident, sunt ulterioare deschiderii procedurii. În raport cu acestea, dispoziţiile art. 96 alin. (1) au caracter de excepţie, dar constituirea şi includerea în plan, în vederea plăţii, a categoriei respective de creanţe este prevăzută şi cu caracter facultativ, deci nu obligatoriu. Faţă de prevederile art. 38 oricum furnizorii respectivi nu ar putea impieta furnizarea serviciului, dar uneori, pentru administrarea eficientă a procedurii, participarea benevolă a acestora poate fi obţinută dacă sunt asiguraţi de plata contravalorii serviciilor furnizate şi prin planul de reorganizare. Votarea planului de către furnizorii în discuţie este o consecinţă a includerii creanţei lor în plan, iar nu invers.

§6. Opoziţia la suspendarea prevăzută de art. 36 (art. 39)

Efectul suspensiv prevăzut de art. 36 intervine indiferent dacă pentru creanţa a cărei realizare este urmărită s-au constituit sau nu garanţii. Pentru creditorul care şi-a constituit garanţii reale (şi drepturi de retenţie, dar la acestea nu vom mai face referire expresă în continuare) asupra bunurilor debitorului pentru asigurarea recuperării creanţei sale, legiuitorul a apreciat că dreptul real astfel constituit trebuie ocrotit iar nu desconsiderat (în contextul protecţiei deosebite a drepturilor reale în general faţă de simplul drept de creanţă, astfel că şi în cadrul procedurii insolvenţei trebuie favorizată o asemenea atitudine diligentă, preventivă a creditorului în sensul asigurării recuperării creanţei, respectându-se în acest fel garanţia în sine ca drept real). În acest scop, legiuitorul a apreciat ca fiind necesar să se permită creditorului să îşi poată executa individual garanţia de care beneficiază (să continue sau să înceapă o executare individuală), în cadrul procedurii; precizăm că termenul „individual" trebuie înţeles prin prisma faptului că de fapt nu creditorul face demersurile de executare ci practicianul în insolvenţă. Practic, intervine astfel o derogare de la regula potrivit căreia distribuirea valorii obţinute din totalitatea bunurilor debitorului se face în raport cu toţi creditorii, în ordinea de preferinţă din tabelul definitiv de creanţe (din programul de plată al planului confirmat), pentru că bunurile constituind obiectul garanţiei servesc plăţii în mod prioritar a creanţei garantate, printr-o executare individuală, dar derulată în cadrul procedurii.

În sensul arătat, potrivit art. 39 din Legea nr. 85/2006:

(1) Creditorul titular al unei creanţe garantate cu ipotecă, gaj sau altă garanţie reală mobiliară ori drept de retenţie de orice fel poate solicita judecătorului sindic ridicarea suspendării prevăzute la art. 36 cu privire la creanţa sa şi valorificarea imediată, în cadrul procedurii, cu aplicarea corespunzătoare a dispoziţiilor art. 116-118 şi cu condiţia achitării din preţ a cheltuielilor prevăzute la art. 121 alin. (1) pct. 1, a bunului asupra căruia poartă garanţia sau dreptul de retenţie, în una din următoarele situaţii:

A. atunci când valoarea obiectului garanţiei, determinată de un evaluator conform standardelor internaţionale de evaluare, este pe deplin

acoperită de valoarea totală a creanţelor şi a părţilor de creanţe garantate cu acel obiect:

a) obiectul garanţiei nu prezintă o importanţă determinantă pentru reuşita planului de reorganizare propus;

b) obiectul garanţiei face parte dintr-un ansamblu funcţional, iar prin desprinderea şi vânzarea lui separată,valoarea bunurilor rămase nu se diminuează;

B. atunci când nu există o protecţie corespunzătoare a creanţei garantate în raport cu obiectul garanţiei, din cauza:

a) diminuării valorii obiectului garanţiei sau existenţei unui pericol real ca acesta să sufere o diminuare apreciabilă;

b) diminuării valorii părţii garantate dintr-o creanţă cu rang inferior, ca urmare a acumulării dobânzilor, majorărilor şi penalităţilor de orice fel la o creanţă garantată cu rang superior;

c) lipsei unei asigurări a obiectului garanţiei împotriva riscului pieirii sau deteriorării.

(2) În cazurile prevăzute la alin. (1) lit. B, judecătorul sindic va putea respinge cererea de ridicare a suspendării formulată de creditor, dacă administratorul judiciar/debitorul propune în schimb adoptarea uneia sau mai multor măsuri menite să ofere protecţie corespunzătoare creanţei garantate a creditorului, precum:

a) efectuarea de plăţi periodice în favoarea creditorului pentru acoperirea diminuării valorii obiectului garanţiei ori a valorii părţii garantate dintr-o creanţă de rang inferior;

b) efectuarea de plăţi periodice în favoarea creditorului pentru satisfacerea dobânzilor, majorărilor şi dobânzilor de orice fel şi, respectiv, pentru reducerea capitalului creanţei sub cota de diminuare a valorii obiectului garanţiei ori a valorii părţii garantate dintr-o creanţă cu rang inferior;

c) novaţia obligaţiei de garanţie prin constituirea unei garanţii suplimentare, reale sau personale ori prin substituirea obiectului garanţiei cu un alt obiect.

(3) Reclamantul, într-o cerere de ridicare a suspendării, trebuie să facă dovada faptului prevăzut la alin. (1) lit. A, b), rămânând debitorului/administratorului sau altei părţi interesate sarcina producerii dovezii contrare şi, respectiv, a celorlalte elemente.

Dispozițiile în acest sens au fost apreciate în doctrină ca fiind o excepție de la prevederile art. 36. În realitate, o astfel de apreciere nu este corectă, deoarece în fapt și în această ipoteză intervine suspendarea de drept, numai că în conformitate cu prevederile art. 39 această suspendare poate fi ridicată, fiind vorba, deci, mai mult de o opoziție la suspendarea prevăzută de art. 36.

S-a mai susținut în doctrină că o astfel de opoziție alterează caracterul concursual al procedurii. Or, chiar dacă apare ca o derogare de la caracterul colectiv al procedurii, posibilitatea opoziției este pe deplin justificată în raport cu dreptul real reprezentat de garanție și nu poate fi vorba de o lezare a caracterului concursual, pentru că se menține în sine concursul dintre creditorii garantați și cei negarantați, ci mai curând a caracterului egalitar, dar și sub acest aspect în raport cu dispozițiile legii nu e obligatoriu ca creditorii să se afle pe poziții egale, pentru că chiar raporturile juridice pe care le invocă în susținerea creanțelor lor sunt diferite. Opoziția intervine în mod justificat, pentru că creditorii garantați au avut grijă să-și asigure astfel de garanții puternice – drepturi reale. Mai curând ar trebui să se vorbească despre faptul că legea impune restricții prea mari, condiții dificil de îndeplinit creditorilor garantați în obținerea unei astfel de ridicări a suspendării, în contextul în care drepturile reale trebuie să se bucure de o protecție prioritară. După cum se va vedea, legiuitorul a apreciat cererea de ridicare a suspendării ca având caracter necontencios, pentru a nu se leza interesele celorlalți participanți la procedură, dar cazurile în care este admisibilă o astfel de cerere sunt foarte restrânse.

Poate solicita ridicarea suspendării doar creditorul care a constituit garanții reale mobiliare sau imobiliare, iar nu și garanții personale. De asemenea, trebuie făcută distincția necesară în următoarea ipoteză: creditorul are o creanță împotriva debitorului în urma acordării unui credit, a cărei restituire de către debitor a fost garantată de un terț cu un bun propriu al acestuia; dacă procedura se deschide împotriva debitorului, nu debitorul a garantat cu bunul lui ci terțul, astfel că creditorul va avea în procedură o creanță negarantată, pentru că procedura privește doar bunurile debitorului, dar va avea o creanță garantată dacă procedura s-a deschis împotriva garantului.

În doctrină, s-a apreciat că ridicarea suspendării este o posibilitate iar nu o obligaţie, judecătorul sindic putând-o încuviinţa, fără, însă, să fie obligat în acest sens. Opinia este eronată. Desigur că în mod evident dispunerea ridicării suspendării este de competenţa exclusivă a judecătorului sindic, numai la cererea creditorului cu garanţii reale iar nu şi din oficiu. Din economia textului de lege rezultă de fapt că formularea cererii de ridicare a suspendării este o facultate a creditorului care deţine creanţe cu garanţii reale. Oricum, cererea poate fi formulată doar în anumite situaţii, astfel cum sunt indicate acestea la punctele A şi B din text. Celelalte referiri din textul art. 39 alin. (1) privesc modalitatea – având caracter obligatoriu – în care, dacă se admite ridicarea suspendării, se va realiza valorificarea bunurilor constituind obiectul garanţiilor. Dacă va fi îndeplinită una dintre situaţiile de la punctele Aşi B din text, atunci instanţa trebuie să considere cererea întemeiată şi să o admită, neputând pretinde că nu ar fi obligat să o admită, decât cu riscul de a pronunţa o hotărâre netemeinică şi nelegală. Doar în cazul art. 39 alin. (1) lit. B judecătorul sindic poate să respingă o cerere întemeiată, dacă intervine o contrapropunere din partea administratorului judiciar sau a debitorului, constând în măsuri alternative menite să asigure o protecţie corespunzătoare creanţei garantate a creditorului, cum ar fi cele enumerate exemplificativ în art. 39 alin. (2) (deci, în cazul contrapropunerii, creditorului garantat ar trebui să i se admită cererea potrivit dispoziţiilor de la lit. B – a), b), c), pentru că altfel scade valoarea garanţiei, dar nu mai este cazul să se admită pentru că prin măsurile propuse se asigură menţinerea aceloraşi şanse garantate de recuperare a creanţei. De remarcat că măsurile prevăzute la art. 39 alin. (2) lit. a), b), c) se adaugă garanţiei iniţiale.

În doctrină s-a exprimat şi opinia că referitor la cererea de ridicare a suspendării s-ar vota în comitetul creditorilor, unde creditorul care a formulat cererea ar trebui să se abţină. Or, nu trebuie considerat că, în sine, această cerere priveşte interesul colectiv al creditorilor, ci doar un drept individual, prevăzut de lege, astfel că eventual opinie a comitetului creditorilor nu prezintă relevanţă (în principiu debitorul, ceilalţi creditori vor fi împotriva ridicării suspendării).

Dispoziţiile art. 39 prevăd sesizarea judecătorului sindic competent cu o cerere de către creditorul interesat, prin care nu se solicită sta-

bilirea unui drept potrivnic față de o altă persoană ci constatarea dreptului său real și încuviințarea exercitării (executării) lui. Aceasta în condițiile în care dreptul real aparține creditorului respectiv, fără să intre în masa activului din cadrul procedurii asupra căreia intervine interesul colectiv din partea celorlalți creditori. Prin urmare, cel puțin în faza incipientă, cererea vizează o procedură necontencioasă. Din această cauză, sub aspect probatoriu legiuitorul a prevăzut la art. 39 alin. (3) că reclamantului îi incubă, conform art. 1169 C. civ., sarcina probării doar a aspectelor de la alin. (1) lit. A, b), iar în cazul aspectelor privind situațiile de la alin. (1) lit. A, a), lit. B, a) și b), creditorul garantat poate doar să le invoce, fără să le probeze, ceea ce indică o prezumție legală în sensul existenței acestor aspecte. Problema este că dreptul de garanție reală poartă asupra unui bun al debitorului, asupra utilizării/valorificării căruia sunt interesați și alți participanți la procedură. De aceea rămâne la latitudinea administratorului judiciar, debitorului sau a altor persoane interesate să susțină și să probeze în sens contrar, în sensul că nu ar fi îndeplinite aspectele respective; bineînțeles că creditorul, față de dovezile contrare, va avea dreptul să se apere la rândul său. Legiuitorul a recurs la o astfel de probațiune deoarece, după caz, nu creditorul cu garanții reale propune planul (și de aceea cel care îl propune este în măsură să aprecieze), bunul supus diminuării valorii nu este în grija creditorului ci a administratorului, debitorului etc. De remarcat că în cazul în care administratorul judiciar, debitorul sau altă persoană interesată legal (de exemplu, creditorii care propun un plan) intervin cu privire la cerere, dând un aspect contencios acesteia, nu sunt aplicabile prevederile art. 335 C. proc. civ. în sensul respingerii cererii, ci judecata acesteia continuă, ca o procedură specială prevăzută de dispozițiile legii speciale și care nu se completează decât în măsura compatibilității cu dispozițiile Codului de procedură civilă.

*

În doctrină s-a exprimat opinia în sensul că este greu de decelat scopul instituirii art. 39 și de lege ferenda ar trebui să se renunțe la posibilitatea ridicării suspendării. Se consideră că textul este greu de aplicat, deoarece instituie o procedură care implică condiții subiective sau echivoce, probe complicate pentru raportul dintre valoarea bunului/cuantumul creanței, nu trebuie să fie lezate șansele de reușită a

planului, necesită un timp îndelungat; de asemenea, practicianul în insolvenţă nu poate susţine în mod contradictoriu şi o astfel de opoziţie şi atribuţia de conservare a averii debitorului; admiterea opoziţiei îi poate leza şi pe creditorii garantaţi şi pe cei negarantaţi prin posibilitatea vânzării bunului pus în garanţie sub valoarea reală de piaţă; textul art. 39 nu are în vedere şi ipoteza în care bunul este valorificat la un preţ mai mare decât valoarea creanţelor garantate;

Or, contrar opiniei în discuţie, astfel cum am arătat deja, scopul cererii este perfect decelabil, iar renunţarea la posibilitatea prevăzută de art. 39 ar însemna să nu se mai recunoască diferenţa de regim juridic dintre dreptul reale şi simplul drept de creanţă, dintre protecţiile distincte de care se bucură acestea; într-un astfel de caz nu s-ar mai justifica nici repartizarea cu prioritate a valorii obţinute din lichidarea bunului adus în garanţie pentru plata creanţei garantate, nemaiexistând diferenţa de regim juridic dintre creanţele garantate şi cele negarantate, astfel că o asemenea „invenţie" ar leza considerabil principiile de drept, nefiind cazul unei simplificări a procedurii insolvenţei dincolo de regulile de drept, de drepturile consacrate.

Textul de lege poate şi trebuie să fie simplificat, iar eventuala greutate în aplicarea lui nu constituie un motiv valabil de negare a necesităţii instituţiei juridice în sine. Oricum, nu este vorba de o procedură, ci de judecata unei cereri, în cadrul căreia aprecierea condiţiilor instituite de legiuitor reclamă un caracter mai tehnic, considerat de cei care nu vor să-l aprofundeze ca fiind subiectiv şi echivoc – dar nimeni nu a susţinut că procedura insolvenţei ar fi una simplă! De asemenea, nu sunt impedimente reale pentru întocmirea cu celeritate a raportului de evaluare necesar. Atribuţia de maximizare a averii debitorului este înţeleasă greşit dacă se consideră că trebuie realizată pe baza şi împotriva unui drept real aparţinând unui creditor; riscul vânzării sub valoarea reală de piaţă există doar în măsura în care ar exista în raport cu prevederile art. 116-118 din legea specială, la care dispoziţiile art. 39 fac trimitere expresă sub aspectul realizării valorificării, ceea ce nu este cazul să se invoce. Valorificarea în baza art. 39 nu este mai rapidă/eficientă decât vânzarea în modalitatea obişnuită din procedură, ci este una şi aceeaşi modalitate, dar nu instituirea unei modalităţi mai rapide este scopul dispoziţiilor art. 39, ci dreptul creditorului garantat

de a nu mai aştepta în procedură lichidarea în mod obişnuit a bunului pus în garanţie, sub acest aspect creditorul respectiv câştigând timp, ceea ce, din moment ce „timpul înseamnă bani" are relevanţă. Textul implică, în mod firesc, prin formularea lui şi posibilitatea vânzării bunului pus în garanţie la un preţ cel puţin egal sau mai mare decât valoarea creanţelor garantate, iar ceea ce se întâmplă cu diferenţa rămasă se poate stabili potrivit art. 121 din lege, pe deplin aplicabil în acest caz; în acest context nu trebuie să se confunde descrierea situaţiilor prevăzute de legiuitor pentru admisibilitatea cererii, cu mărimea preţului efectiv care va putea fi obţinut prin valorificare. (Oricum sunt doar două probabilităţi: să se obţină un preţ mai mic sau egal cu creanţa garantată, ceea ce va atesta îndeplinirea condiţiilor de admisibilitate sau să se obţină un preţ mai mare, ipoteză în care şi ceilalţi creditori vor beneficia de diferenţa rămasă).

*

Este de precizat că în urma ridicării suspendării valorificarea bunului se va face în cadrul procedurii iar nu în afara acesteia, acest aspect fiind prevăzut expres în textul de lege. Prin urmare, dacă se începuse o executare pe garanţii anterior deschiderii procedurii, odată cu aceasta executarea se suspendă şi dacă se ridică suspendarea executarea se va face potrivit regulilor indicate de art. 39. Dispoziţia expresă în acest sens s-a introdus pentru că există riscul ca realizându-se valorificarea în afara procedurii, creditorul să nu insiste în obţinerea unui preţ cât mai mare, decât unul cel mult egal cu creanţa lui, în condiţiile în care păstrează şi posibilitatea ca pentru restul de creanţă neacoperită din preţ să rămână creditor chirografar în procedură şi astfel, pentru îndestularea şi a celorlalţi creditori nu mai rămâne nimic după plata creditorului garantat. În doctrină s-a apreciat că dispoziţiile art. 39 chiar trebuie aplicate restrictiv, doar în măsura în care nu sunt lezate drepturile legitime ale celorlalţi creditori în procedură, cum ar fi dreptul de a recupera cât mai mult din creanţă; este important de aceea ca vânzarea bunului constituind obiectul garanţiei să se facă la un preţ cât mai ridicat, eventual şi mai mare decât valoarea creanţei, pentru că diferenţa va ajunge la creditorii chirografari. Altfel, dacă preţul este mai mic decât valoarea creanţei, este evident că creditorii chirografari nu se aleg cu nimic şi cum uneori bunul adus în garanţie este singurul sau cel mai

important bun al debitorului, este de înțeles de ce acești creditori se vor opune cererii de ridicare a suspendării. Nu trebuie considerat, însă, că poziția creditorilor chirografari ar putea justifica în mod valabil respingere cererii de ridicare a suspendării, dispozițiile legale existente nefiind suficiente pentru susținerea acestei idei.

Regulile și modalitățile de valorificare în condițiile art. 39 a bunului constituind obiectul garanției reale sunt prevăzute a fi nu acelea din dreptul comun, ci acelea specifice lichidării bunurilor debitorului în procedura falimentului, prin intermediul practicianului în insolvență, iar în analiza lor se va insista în acel context.

Trebuie precizat, însă, că ridicarea suspendării și valorificarea garanțiilor conform art. 39 nu se referă, nu are legătură cu lichidarea din procedura falimentului sau conform planului confirmat, ci se realizează imediat ce se admite cererea formulată în acest sens, inclusiv în perioada de observație; pur și simplu creditorul garantat nu mai vrea să aștepte derularea procedurii în mod obișnuit, în direcția confirmării unui plan sau a procedurii falimentului.

*

Ridicarea suspendării este în favoarea creditorilor garantați care nu sunt astfel prejudiciați prin întârzierea în îndestularea creanței lor până la distribuirea din cadrul reorganizării judiciare sau al falimentului. Dacă s-ar întârzia, deși cuantumul accesoriilor (dobânzi etc.) ar crește, valoarea bunului adus în garanție ar putea scade, iar creditorii garantați nu se pot îndestula și peste valoarea garanției, pentru eventuala diferență rămânând creditori chirografari.

Situațiile în care se poate admite cererea de ridicare a suspendării sunt limitativ prevăzute de lege, astfel:

1. Atunci când valoarea bunurilor cu care s-a garantat este pe deplin acoperită de valoarea totală a creanțelor și a părților din creanțele garantate cu acele bunuri, dacă :

a) bunurile respective nu prezintă o importanță determinantă pentru reușita planului de reorganizare propus.

b) bunurile fac parte dintr-un ansamblu funcțional, iar prin desprinderea și vânzarea lor separată, valoarea bunurilor rămase din ansamblu nu se diminuează.

Formularea referitoare la descrierea acestei situaţii necesită o interpretare atentă şi implică o condiţie generală şi două cazuri propriu-zise, trebuind citită în sensul că se va admite cererea creditorului dacă creanţa acestuia este egală sau mai mare cu valoarea bunului pus în garanţie (condiţia), în cazurile prevăzute la lit. a) şi/sau b).

Deci, legiuitorul a apreciat în primul rând că are rost să se ridice suspendarea doar dacă valoarea bunului adus în garanţie este mai mică decât a creanţei (ceea ce se poate întâmpla, pentru că între timp valoarea bunului a scăzut etc.), deoarece în această ipoteză ceilalţi creditori (chirografari) nu au nici o justificare să pretindă că ar fi lezaţi ca urmare a ridicării suspendării (din moment ce valoarea bunului nu ajunge nici pentru creanţa creditorului garantat, evident că nu se pune problema să le rămână şi lor ceva, iar în ipoteza derulării în mod obişnuit a procedurii valoarea bunului ar fi revenit tot numai creditorului garantat; prin urmare, exercitarea dreptului de către acest creditor nu justifică aprecierea că ar intra în contradicţie cu interesele celorlalţi creditori). Totuşi, chiar dacă valoarea bunului este mai mică decât a creanţei garantate, cererea nu este admisibilă dacă nu sunt îndeplinite, sub aspectul condiţiilor pe care le conţin şi (sau) cazurile de la lit. a), b). Cazurile de la lit. a), b) pot interveni separat sau cumulat, după cum intervine sau nu problema lor în fapt. Important este că cererea poate fi motivată şi doar pentru unul dintre cazuri, aspectul alternativ/cumulativ intervenind ca problemă atunci când apar contrasusţinerile din partea altor participanţi la procedură.

Prin îndeplinirea condiţiilor la care se referă aceste cazuri se urmăreşte să nu se intre în contradicţie cu interesele altor participanţi la procedură (de exemplu, în cazul prevăzut la lit. a) s-ar impieta asupra obţinerii confirmării unui plan, iar în cazul de la lit. b) creditorii chirografari ar rămâne sub aspectul îndestulării creanţei lor cu bunuri de valoare mai mică decât dacă aceste bunuri ar fi rămas înglobate într-un ansamblu funcţional).

Dovada sub aspectele arătate se face printr-un raport de evaluare întocmit conform standardelor internaţionale de evaluare. Fiind vorba de o probă administrată în cadrul judecăţii unei cereri de competenţa instanţei (judecătorului sindic), expertiza va avea caracter judiciar. Evaluarea bunului priveşte perioada cererii de ridicare a suspendării iar

nu momentul constituirii garanţiei, care nu are nici o relevanţă. Valoarea astfel stabilită va constitui preţul de pornire a valorificării bunului – cu menţiunea că în preţ trebuind să fie avute în vedere şi cheltuielile de valorificare.

În situaţia prevăzută la alin. (1) lit. A, a), poate fi un bun determinant pentru reuşita planului propus, de exemplu, o linie de îmbuteliere, singurul bun al debitorului pe producţia căruia se bazează planul propus, dar şi motorul ca piesă esenţială a liniei de producţie, fără de care aceasta nu funcţionează. Fiind vorba de un bun determinant pentru reuşita unui plan propus, şansele de admitere a cererii de ridicare a suspendării vor creşte dacă cererea se formulează până la propunerea unui plan.

În situaţia prevăzută la alin. (1) lit. A, b), dacă doar motorul liniei de îmbuteliere a fost pus în garanţie, desprinderea şi valorificarea separată a acestuia nu trebuie să fie însoţită de o diminuare a valorii celorlalte elemente ale liniei, ceea ce este greu să nu se întâmple pentru că legiuitorul are în vedere valoarea celorlalte elemente pe care o au ca părţi ale liniei, iar înglobarea într-un sistem aduce de regulă un plus de valoare faţă de aceea avută ca bun individual.

II. Atunci când nu mai există o protecţie corespunzătoare în sensul asigurării recuperării creanţei garantate în raport cu bunurile puse în garanţie, din cauză că:

a) valoarea bunurilor puse în garanţie se diminuează (nu are importanţă cu cât, ci diminuarea în sine) sau există un pericol real pentru o diminuare apreciabilă (depreciere).

b) valoarea părţii garantate dintr-o creanţă cu rang inferior se poate reduce ca urmare a amânării valorificării bunului adus în garanţie, din cauza creşterii, în timpul amânării, a acumulării accesoriilor la o creanţă cu rang superior. De exemplu, un bun imobil constituie obiectul unei ipoteci de gradul I în favoarea unui creditor dar şi al unei ipoteci de gradul II în favoarea altui creditor, valoarea bunului acoperind valoarea ambelor creanţe. În procedura insolvenţei, accesoriile se vor calcula în continuare, potrivit art. 41, pentru ambele creanţe garantate, dar prioritate la plata pe baza preţului obţinut în urma valorificării bunului ipotecat va avea creanţa garantată cu ipoteca de gradul I, inclusiv în ceea ce priveşte accesoriile calculate pentru aceasta. Cum valoarea

concretă a bunului ipotecat este limitată la valoarea preţului obţinut din valorificarea lui în procedură, cu cât va creşte valoarea accesoriilor calculate pentru creanţa garantată cu ipotecă de gradul I, cu atât se va diminua (până la anulare) valoarea din preţ rămasă după plata acestei prime creanţe, care să poată fi utilizată pentru plata creanţei garantate cu ipoteca de gradul II.

c) bunul adus în garanţie nu este asigurat împotriva riscului pieirii sau deteriorării, situaţie în care amânarea valorificării bunului respectiv în cadrul procedurii măreşte şansele de intervenire a deteriorării sau pieirii lui, cu consecinţele corespunzătoare asupra valorii garanţiei.

În acest context este vorba de o situaţie distinctă, alternativă faţă de aceea analizată la pct. I de mai sus. Diminuarea valorii bunului poate interveni, de exemplu, ca urmare a degradării, pieirii din cauza factorilor meteorologici, cataclismelor, uzurii, scăderii valorii de piaţă etc.

Pentru a nu fi lezată garanţia prin diminuarea valorii bunului, se dă dreptate creditorului garantat să nu aştepte vânzarea bunului adus în garanţie în modalitatea normală din procedură, astfel că în situaţiile arătate se va ridica suspendarea. După caz, există posibilitatea ca situaţiile prevăzute la lit. B – a), b), c) să intervină în fapt alternativ sau cumulativ, creditorul garantat putând cere ridicarea suspendării fie şi numai pentru îndeplinirea uneia dintre situaţiile respective. Corelaţia în acest sens se poate face şi între situaţiile prevăzute la lit. A, respectiv, la lit. B din textul de lege.

Dacă nu se admite cererea de ridicare a suspendării, valorificarea bunului supus garanţiei se va face potrivit regulilor prevăzute în planul confirmat sau de reglementarea procedurii falimentului, în cadrul procedurilor respective.

§7. Efectul suspendării termenului de prescripţie a acţiunilor prevăzute de art. 36 din Legea nr. 85/2006 (art. 40)

Potrivit art. 40 din Legea nr. 85/2006 deschiderea procedurii insolvenţei suspendă orice termene de prescripţie a acţiunilor judiciare prevăzute la art. 36.

Prescripția este aplicabilă în aceeași măsură atât acțiunilor judiciare cât și măsurilor de executare silită. În mod firesc, în raport cu modificarea dispozițiilor art. 36 prin Legea nr. 277/2009, pentru identitate de rațiune, trebuie să se aibă în vedere suspendarea termenelor de prescripție atât pentru acțiunile judiciare cât și pentru măsurile de executare silită, chiar dacă legiuitorul nu a avut în vedere în mod expres completarea art. 40 referitor la măsurile de executare silită.

În raport cu dispozițiile art. 36 din lege, deschiderea procedurii atrage suspendarea acțiunilor judiciare sau măsurilor de executare silită împotriva debitorului și bunurilor sale. Fiind o suspendare de drept, trebuie apreciat că intervine încă de la data deschiderii procedurii, de principiu, indiferent de măsura în care se are cunoștință despre formularea în concret a acțiunilor/executărilor silite prevăzute de art. 36. Prin conținutul lor, dispozițiile prevăzute de art. 40 privind suspendarea termenelor de prescripție apar la prima vedere, teoretic, ca o compensație în favoarea creditorilor pentru efectele suspendării acțiunilor judiciare sau măsurilor de executare, inducând ideea, în coroborare cu art. 36, că la închiderea procedurii, ridicându-se suspendarea asupra acțiunilor și executărilor și reluându-se acestea, se va relua la acel moment și curgerea prescripției. Practic, însă, după cum se va arăta, nu este vorba de o regulă în sensul arătat, pentru că de cele mai multe ori la închiderea procedurii insolvenței nu se mai justifică în concret reluarea acțiunilor, măsurilor de executare silită suspendate și, în consecință, nu mai prezintă relevanță nici reluarea cursului prescripției.

Chiar dacă scopul și obiectul multora dintre acțiunile suspuse suspendării în baza art. 36 sunt preluate sub alte forme, specifice, în cadrul procedurii (de exemplu, o acțiune în pretenții a unui creditor împotriva debitorului pârât se regăsește practic în declarația de creanță formulată în cadrul procedurii de către același creditor etc.), legiuitorul a apreciat ca fiind necesar să prevadă că pe durata procedurii, pentru acțiunile/executările silite supuse suspendării nu curge termenul de prescripție, deci nu se stinge dreptul la acțiune sau executare silită în urma neexercitării în termenul stabilit de lege.

Alegerea, de către legiuitor, a instituției juridice a suspendării, iar nu a întreruperii prescripției, este pe deplin justificată, dispozițiile art. 40 constituind un caz special de suspendare referitor atât la prescripția

dreptului la acţiune cât şi la prescripţia dreptului de a cere executarea silită.

În doctrină s-a apreciat că de fapt ar fi vorba sau ar trebui să fie vorba de o întrerupere, iar nu de o suspendare a curgerii prescripţiei.

Astfel, s-a susţinut că acest caz de „suspendare" a prescripţiei este discutabil, fiind contrar principiilor care guvernează cursul prescripţiei extinctive, deoarece orice acţiune judiciară sau extrajudiciară introdusă împotriva debitorului nu suspendă, ci întrerupe cursul prescripţiei (art. 16 din Decretul nr. 167/1958). Or, odată întrerupt cursul prescripţiei, acesta nu mai poate fi şi „suspendat" în temeiul art. 40 din Legea nr. 85/2006. Legiuitorul a confundat suspendarea judecării acţiunilor judiciare sau extrajudiciare prevăzută de art. 36 cu întreruperea termenelor de prescripţie privitoare la aceleaşi acţiuni, deşi regimul juridic al suspendării este diferit de cel al întreruperii prescripţiei.

Opinia menţionată este eronată, în condiţiile în care se circumscrie exclusiv dreptului comun, ignorând caracterul special al prevederilor art. 36 şi art. 40 din Legea nr. 85/2006 fără să aprofundeze analiza ipotezei reglementată prin aceste prevederi legale, care au caracter special, sunt aplicabile în mod prioritar şi pot fi completate cu dispoziţii din dreptul comun doar în măsura în care acestea din urmă sunt compatibile, potrivit art. 149 din legea menţionată.

Astfel, sub un prim aspect, nu se poate vorbi despre o confuzie între suspendarea şi întreruperea prescripţiei. În contextul dreptului comun, formularea unei cereri de chemare în judecată (promovarea unei măsuri de executare silită) atrage întreruperea prescripţiei. În reglementarea procedurii insolvenţei, în considerarea distinctă a acestei proceduri, dispoziţiile art. 40, ca şi ale art. 36 din lege nu se raportează la cererea introductivă de deschidere a procedurii (şi cu atât mai puţin la eventualele acţiuni judiciare/măsuri de executare silită individuale promovate anterior deschiderii procedurii), deoarece suspendarea este prevăzută în mod expres, în ambele cazuri, în raport cu deschiderea procedurii, iar nu cu cererea menţionată. De asemenea, după ce a intervenit suspendarea în baza art. 36, prescripţia nu poate fi întreruptă printr-o cerere de chemare în judecată (măsură de executare silită) individuală a debitorului de către un creditor, deoarece o astfel de cerere de chemare în judecată nu are valoare după ce faţă de debitor s-a deschis procedura

insolvenţei. Din moment ce acţiunile individuale sunt suspendate, ele nu pot conduce la obţinerea unei hotărâri. Doar declaraţia de creanţă formulată în termen ar putea fi apreciată ca o cerere de chemare în judecată valabilă, în cadrul procedurii, dar la momentul formulării acesteia suspendarea în baza art. 36 deja a intervenit şi nu se poate întrerupe o prescripţie deja suspendată. Doar în forma incipientă a Legii nr. 64/1995 (art. 88) se prevedea că înregistrarea unei cereri de verificare a unei creanţe împotriva debitorului după deschiderea procedurii falimentului suspendă orice fel de prescripţie, care va începe să curgă din nou, dacă cererea a fost respinsă de judecătorul sindic. Aceste prevederi puteau fi interpretate în sensul că în procedura insolvenţei, în loc de acţiunea de drept comun este prevăzută declaraţia de creanţă, care iniţiază procedura de verificare a creanţei, iar cererea de verificarea a unei creanţe suspendă curgerea prescripţiei, deoarece nu se poate concepe ca un creditor să fie expus prescrierii acţiunii deşi a introdus cererea de verificare. Aceste prevederi legale au fost, însă, abrogate.

Sub un al doilea aspect, nu poate fi vorba nici de suspendarea prescripţiei deja întrerupte. În ipoteza în care anterior deschiderii procedurii nu a intervenit efectiv formularea unei acţiuni judiciare sau promovarea unei măsuri de executare individuale pentru realizarea creanţelor împotriva debitorului şi a bunurilor acestuia, nu se poate reţine nici întreruperea prescripţiei, iar în raport cu deschiderea procedurii intervine suspendarea cursului prescripţiei, conform dispoziţiilor art. 40 din lege. În ipoteza în care anterior deschiderii procedurii au fost formulate acţiuni judiciare sau au fost promovate măsuri de executare silită individuale, în raport cu acestea a intervenit şi suspendarea prescripţiei. În continuare, deschiderea procedurii reprezintă, în mod specific prin obiectul ei, o reiniţiere a demersului juridic privind realizarea creanţelor, în sensul stabilirii lor pe calea procedurii de verificare şi al plăţii acestora prin distribuirile efectuate în cadrul procedurii. Reiniţierea trebuie înţeleasă în mod similar formulării unei cereri de chemare în judecată sau de executare silită şi în raport cu aceasta nu se mai poate reţine că începând cu data deschiderii procedurii ar mai continua întreruperea prescripţiei generată de acţiunile sau executările silite individuale, ci dimpotrivă, că întreruperea prescripţiei încetează la momentul respectiv. La acelaşi moment, al deschiderii procedurii insolvenţei

intervine, în continuare, potrivit art. 40 suspendarea prescripţiei cu privire la acţiunile şi executările silite la care se referă art. 36. Prin urmare, întreruperea, respectiv, suspendarea prescripţiei intervin fiecare în mod distinct şi la fel de justificat.

*

Suspendarea prescripţiei intervine numai pentru creanţele admisibile la verificare, în timp ce pentru cele neadmisibile (cum ar fi creanţele strict personale etc.) prescripţia continuă să curgă chiar dacă s-a făcut cererea de verificare, deoarece în ceea ce priveşte realizarea acestor creanţe trebuie promovată o acţiune/executare în baza dreptului comun împotriva debitorului.

*

Anterior, referitor la încetarea suspendării, în Legea nr. 64/1995 se prevedea (art. 44) că termenele de prescripţie vor începe din nou să curgă după 30 de zile de la închiderea procedurii; aceasta în condiţiile în care în formele iniţiale ale legii menţionate nu se avea în vedere dizolvarea/radierea debitorului în cazul falimentului, ceea ce constituia încă un element în justificarea faptului că la închiderea procedurii intervine reluarea curgerii prescripţiei. O astfel de prevedere nu a fost preluată în Legea nr. 85/2006 şi, din moment ce suspendarea curgerii prescripţiei intervine ca urmare a deschiderii procedurii, este logic să se considere că încetarea acestei suspendări intervine la data închiderii procedurii, prin hotărârea pronunţată de către judecătorul sindic, potrivit legii.

Efectul suspendării cursului prescripţiei se produce, în mod necesar, doar pe parcursul derulării procedurii, contribuind la înlăturarea alternativelor de realizare a creanţelor în paralel, iar reluarea acţiunilor/executărilor sau a cursului prescripţiei după închiderea procedurii nu poate interveni decât în cazul a două ipoteze de excepţie prevăzute de art. 76 din lege, astfel cum se va preciza în secţiunea referitoare la analiza dispoziţiilor respective.

Pentru aprecierea asupra efectelor suspendării curgerii prescripţiei trebuie să se recurgă la dreptul comun, potrivit art. 149 din Legea nr. 85/2006 şi, în primul rând, la prevederile Decretului nr. 167/1958. Precizăm aici doar că potrivit art. 15 din decret, după încetarea

suspendării prescripţia îşi reia cursul, socotindu-se şi timpul curs înainte de suspendare.

În principiu, cu precizările de mai sus, la data închiderii procedurii se reia cursul prescripţiei pentru toate acţiunile/executările silite cu privire la care a intervenit suspendarea de drept potrivit art. 36. Dar, chiar dacă nu este impietată de aspectul prescripţiei, reluarea acţiunilor intervine de regulă într-o situaţie juridică nouă. Astfel, în urma derulării şi închiderii procedurii (faliment sau reorganizare judiciară), este posibil ca reclamantului creditor să-i fi fost plătită întreaga creanţă, (corespondentul pretenţiilor din acţiunea reluată), astfel că la momentul reluării acţiunea este rămasă fără obiect. Dacă creanţa nu a fost plătită decât parţial sau deloc, în cazul închiderii falimentului, se dispune radierea debitorului persoană juridică, cu consecinţa că debitorul nu mai are personalitate juridică, astfel că reclamantul creditor nu mai are cu cine să se judece. Aceasta cu atât mai mult cu cât dispoziţiile art. 40 (ca şi ale art. 36, de altfel) nu se referă şi la acţiunile/executările silite pe care, cât durează procedura, creditorul le poate derula în paralel, potrivit dreptului comun, în afara procedurii, pentru aceeaşi creanţă, împotriva codebitorilor solidari sau a fidejusorilor.

În plus, dacă se are în vedere şi descărcarea de obligaţii a debitorului potrivit art. 137, rezultă că în raport cu reglementarea închiderii procedurii din secţiunea 8, capitolul III din lege, ar avea obiect reluarea acţiunilor în cazul art. 137 alin. (1) împotriva debitorului persoană fizică, pentru creanţele neplătite în cadrul procedurii, inclusiv în ipoteza prevăzută de art. 134. Dar, în privinţa descărcării de datorie sunt prevăzute expres doar dispoziţiile art. 137. În rest, referitor la debitorul persoană juridică, nu se prevede expres o astfel de descărcare, pentru că nici nu ar mai avea sens din moment ce în cazul unei reorganizări judiciare reuşite debitoarea iese din procedură fără datorii, în cazul reorganizării judiciare nereuşite aceasta se continuă prin faliment, iar în cazul falimentului închiderea procedurii atrage obligatoriu şi radierea debitorului persoană juridică, astfel că acţiunile/executările reluate nu îl mai pot viza. Dar, cu atât mai mult cu cât descărcarea de datorie a debitorului persoană juridică nu este prevăzută în general, nu poate fi exclusă din vedere, în mod corelativ, posibilitatea recuperării creanţei şi după închiderea procedurii, în cazurile neexceptate expres. În acest

sens, dispoziţiile art. 76 alin. (1) pct. 3 au în vedere, interpretate per a contrario, chiar dreptul creditorului care a depus în termen declaraţia de creanţă referitoare la o creanţă anterioară deschiderii procedurii, de a-şi realiza această creanţă împotriva debitorului şi ulterior închiderii procedurii. Practic, dispoziţiile art. 76 alin. (1) pct. 3 lipsesc de consecinţe suspendarea prescripţiei prevăzută de art. 40 pentru creditorii care nu au depus declaraţia de creanţă în termen, nu au depus-o deloc sau aceasta a fost respinsă. Prin urmare, dispoziţiile art. 40 au aplicabilitate doar dacă s-a formulat în mod valabil declaraţia de creanţă în procedură, în ceea ce priveşte prescripţia sub aspectul dreptului de a urmări creanţa împotriva debitorului după închiderea procedurii. În acest sens, urmare a suspendării de drept potrivit art. 36 nu se mai pot valorifica pe calea acţiunilor individuale de către creditori creanţele pe care le au faţă de debitor, ci doar supunându-se unei proceduri colective, constând în verificarea creanţelor, pe care creditorii o pot cere imediat după deschiderea procedurii, prin hotărârea în acest sens prevăzându-se chiar termenul de depunere a declaraţiilor de creanţă, termenul de verificare, termenul de contestare a tabelului preliminar. Împotriva creditorului care nu cere verificarea creanţei sale, deci care nu depune sau nu depune în termen declaraţia de creanţă, suspendarea prescripţiei extinctive nu mai are relevanţă, pentru că acel creditor este oricum lipsit de dreptul de a realiza creanţa după închiderea procedurii.

§8. Suspendarea accesoriilor creanţelor

Creanţele declarate în procedură pot fi garantate sau negarantate. Garanţiile pentru executarea obligaţilor de către debitor pot fi:

- personale (fidejusiunea, avalul scrisoarea de garanţie), care nu se urmăresc de creditor niciodată în procedura insolvenţei, deoarece aceasta vizează pentru plata creanţelor valorificarea exclusiv a bunurilor debitorului, ci doar în afara procedurii, în mod direct şi individual.
- reale, asupra unor bunuri imobile sau mobile (ipoteca, gajul, dreptul de retenţie).

În reglementarea din Codul comercial interesau nu numai astfel de garanţii, ci şi privilegiile. În raport cu acestea din urmă tendinţa legiuito-

rului a fost în sensul de a nu le mai considera garanţii; de exemplu, creanţele bugetare, chiar dacă îşi menţin un statut privilegiat, nu mai sunt asimilate creanţelor garantate şi deci nu mai prezintă beneficiul calculului accesoriilor după deschiderea procedurii insolvenţei. În acelaşi sens, dispoziţiile art. 3 pct. 13 au în vedere drept garanţii nu privilegiile în mod individual, ci „privilegii însoţite de drepturi de retenţie, iar în economia legii drepturile de retenţie sunt avute în vedere drept garanţii în general, nu doar în cazul în care sunt generate de privilegii.

8.1. Reglementări internaţionale privind tratamentul aplicabil bunurilor aduse în garanţie şi creditorilor garantaţi

Creditorii îşi doresc garanţiile în scopul protejării intereselor lor atunci când debitorului îi revine obligaţia de plată, de restituire. Din moment ce garanţia urmăreşte acest obiectiv, se poate susţine că după deschiderea procedurii creditorii garantaţi nu pot fi în nici un caz întârziaţi sau împiedicaţi să-şi valorifice imediat garanţia. Indiferent dacă această susţinere este acceptată sau nu, luarea oricărei măsuri care ar eroda valoarea garanţiei reclamă o justificare atentă. O astfel de erodare va submina în cele din urmă posibilitatea de acordare a creditului: dacă apare declinul protecţiei susţinută de garanţie, preţul creditului are nevoie să crească invariabil pentru a compensa creşterea riscului de nerecuperare, dar, desigur că în condiţii date de piaţă creditorii nu vor fi doritori să susţină un credit garantat chiar la orice preţ – conduita contrară a bancherilor poate genera o criză financiară. Cu toate acestea, este din ce în ce mai mult recunoscut că dacă se permite creditorilor garantaţi să-şi separe liber garanţiile lor de celelalte bunuri din averea debitorului, aceasta poate impieta asupra unor obiective esenţiale ale procedurii insolvenţei, cum ar fi reorganizarea judiciară. Când bunurile din averea debitorului, esenţiale pentru activitatea acestuia, sunt grevate de garanţii, faptul că creditorii garantaţi pot să-şi realizeze imediat creanţa la deschiderea procedurii reorganizării, poate să împiedice debitorul să-şi menţină activitatea în desfăşurare pentru cât s-a stabilit prin planul de reorganizare. Acest aspect este valabil şi în procedura falimentului: excluderea creditorilor garantaţi de

la suspendarea acțiunilor în condițiile art. 36 poate aduce atingere atribuției lichidatorului de maximizare a averii debitorului în vederea efectuării distribuirilor. În particular, dacă un bun important servește ca garanție, lichidatorul nu va putea să vândă afacerea debitorului ca un ansamblu. Mai mult, chiar dacă bunurile debitorului nu pot fi vândute ca un ansamblu, o suspendare temporară va da lichidatorului timp să aranjeze o vânzare care va oferi o returnare de cel mai înalt nivel și în beneficiul tuturor creditorilor, inclusiv al celor negarantați.

Orice împiedicare a creditorilor garantați în realizarea creanței pe seama bunului adus în garanție trebuie însoțită de măsuri de protejare a acestora pe perioada cât durează procedura, două astfel de măsuri fiind mai importante.

Prima măsură este în sensul că împiedicarea poate fi realizată numai dacă totodată se protejează valoarea averii debitorului (adică inclusiv a bunului adus în garanție). După deschiderea procedurii este rezonabil ca împiedicarea să intervină pe o perioadă scurtă, de 1-2 luni, în care practicianul în insolvență desemnat în cauză să-și poată prelua atribuțiile și să inventarieze averea debitorului și obligațiile acestuia. Numai instanța ar trebui să poată extinde durata, doar dacă se dovedește de către practician că sunt motive să se considere că astfel se va maximiza averea debitorului, de exemplu, este foarte probabil ca întreprinderea sau părți din aceasta să fie vândute ca un ansamblu. Pentru o protecție suplimentară legea trebuie să impună o limită până la care împiedicarea poate fi extinsă, o astfel de limită având importanță în cazurile în care capacitatea infrastructurii instituționale este limitată.

A doua măsură necesară pentru protejarea creditorilor garantați este aceea care menține valoarea economică a creanțelor garantate pe perioada împiedicării și poate fi realizată în mai multe moduri.

1. Protecția garanției (prima categorie)

O modalitate de a proteja valoarea creanței garantate este de a proteja chiar valoarea garanției în sine, subînțelegându-se că, după lichidare, prețul vânzării garanției va fi distribuit direct creditorului garantat pentru acoperirea valorii părții garantate din creanță.

Dacă se reține această idee ca fiind valabilă, următoarele măsuri servesc protecției garanției:

a) Compensarea pentru depreciere.

În timpul împiedicării creditorilor garantați în realizarea creanței pe seama garanției este posibil ca valoarea garanției să se deprecieze și, cum la momentul eventualei distribuții ceea ce va primi prioritar creditorul garantat va fi în limita valorii garanției, o astfel de depreciere va prejudicia interesul acestor creditori. Ca atare, așa cum se prevede într-un număr de legi naționale, lichidatorul va fi solicitat să compenseze creditorii garantați pentru valoarea acestei deprecieri, fie prin aducerea unor garanții de substituire (suplimentare), fie prin plăți periodice, în numerar, pentru echivalentul deprecierii.

b) Plata dobânzilor (curgerea accesoriilor).

Unele țări protejează interesul creditorilor garantați prin menținerea valorii garanțiilor, pe calea adăugării la plată a dobânzilor pe perioada de împiedicare, dar numai în măsura în care creditorul este supragarantat, adică în măsura în care valoarea bunului pus în garanție depășește valoarea creanței garantate. Prin permiterea plății dobânzilor doar în aceste circumstanțe, legea prevede astfel un stimulent puternic pentru creditori în obținerea unor garanții care exced valoarea creanței, în raport cu care accesoriile dobândite vor fi într-un cuantum mai mare.

c) Protecția și compensarea pentru utilizarea bunului pus în garanție.

În unele cazuri lichidatorul poate descoperi că este necesar să utilizeze sau să vândă bunurile grevate, cu prioritate față de lichidarea acestora. De exemplu, în situația în care lichidatorul apreciază că valoarea averii debitorului poate fi cel mai bine maximizată dacă afacerea continuă să fie derulată pe o perioadă temporară, acesta poate opta pentru vânzarea unei părți din bunurile puse în garanție, cu substituirea unei garanții echivalente sau plata întregului cuantum al creanței garantate.

d) Înlăturarea împiedicării creditorilor garantați în realizarea creanței pe seama garanției.

În cazurile în care legea în materia insolvenței prevede ca valoarea garanției să fie protejată pe perioada împiedicării, trebuie să fie pus în aplicare un mecanism prin care să se asigure că împiedicarea va fi ridicată atunci când va fi necesar pentru protecția intereselor creditorilor garantați. Două circumstanțe trebuie avute în vedere. Potrivit uneia, creditorii garantați solicită ridicarea împiedicării pe motivul că nu li se

asigură o protecție adecvată. Alternativ, lichidatorul, la propria inițiativă, poate elibera garanția pe motivul că prevederea unei protecții adecvate poate să nu fie realizabilă sau poate fi prea împovărătoare pentru averea debitorului. În plus legea poate crea excepții la încetare, în sensul excluderii de la aceasta a bunurilor care în general nu sunt necesare pentru vânzarea în bloc a afacerii.

2. Protecția valorii creanței garantate (a doua categorie)

În planul reglementărilor internaționale în materia insolvenței, ca o alternativă la sistemul care menține/păstrează valoarea bunului adus în garanție, în unele țări se protejează interesele creditorilor garantați prin protejarea valorii părții garantate din creanță. În concret, imediat după deschiderea procedurii (la data înregistrării creanței sau mai curând; în ceea ce privește practicianul este vorba de data verificării creanței) bunul debitorului adus în garanție este evaluat (de reținut că o evaluare a bunului a intervenit și când s-a constituit garanția) și, în raport cu această evaluare, este determinată valoarea părții garantate din creanța creditorului (partea negarantată va fi diferența dintre valoarea creanței și valoarea bunului). Această valoare rămâne fixată/stabilită pe tot parcursul procedurii și, la distribuirea care urmează lichidării (prețul de vânzare poate fi privit tot ca o evaluare) creditorul garantat are prima prioritate pentru acoperirea acestei valori. Mai mult, pe parcursul procedurii creditorul garantat primește și dobânzile contractuale pentru partea garantată din creanță, ca o compensare pentru amânarea rezultată prin derularea procedurii, dar aceasta în măsura în care nu se depășește prețul de valorificare al bunului (valoarea negarantată de la data inițierii procedurii va fi ajustată în raport cu valoarea prețului de valorificare).

În concluzie, o reglementare a insolvenței trebuie să asigure, în principiu, echilibrul între împiedicarea creditorilor garantați să submineze maximizarea averii debitorului, pe de o parte și, pe de altă parte protejarea intereselor creditorilor garantați astfel ca valoarea garanției lor și, în consecință, disponibilitatea creditului, să nu fie erodate. Pentru implementarea unui astfel de principiu legea în materie trebuie să prevadă pentru o perioadă scurtă după deschidere procedurii ca împiedi-

carea vizând creditorii chirografari să fie aplicabilă şi celor garantaţi, în sensul de a nu îşi exercita drepturile contractuale asupra bunului pus în garanţie în timpul procedurii.

Extinderea perioadei de împiedicare poate fi făcută doar de instanţă, după ce practicianul dovedeşte că o astfel de extindere serveşte scopului maximizării averii debitorului şi în interesul creditorilor chirografari, deoarece implică posibilitatea vânzării în bloc.

Ca excepţie de la împiedicare, pot fi valorificate bunurile care nu sunt necesare pentru vânzarea în bloc. În timpul împiedicării trebuie să se asigure protejarea creditorilor garantaţi. Când se protejează garanţia (bunul), măsurile în acest sens includ, de exemplu, compensarea pentru deprecierea garanţiei, iar dacă bunul adus în garanţie urmează să fie utilizat sau vândut de către lichidator trebuie prevăzută înlocuirea garanţiei. De asemenea, pot fi protejaţi creditorii garantaţi prin fixarea valorii garanţiei la data deschiderii procedurii, dând creditorului prioritate la valoarea respectivă precum şi prioritate la valoarea accesoriilor.

În cazul în care practicianul nu este în măsură să asigure creditorului garantat una dintre categoriile de protecţie de mai sus, se impune încetarea împiedicării referitoare la valorificarea bunului de către creditorii garantaţi.

8.2. Reglementarea curgerii accesoriilor în Legea nr. 85/2006

Potrivit art. 41 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, nici o dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială, numite generic accesorii, nu vor putea fi adăugate creanţelor născute anterior datei deschiderii procedurii.

Textul de lege instituie regula potrivit căreia curgerea accesoriilor, în înţelesul acestora arătat anterior, este suspendată pentru datoriile debitorului. De la data deschiderii procedurii, faţă de masa creditorilor concursuali, creanţele împotriva debitorului (adică datoriile acestuia) trebuie să rămână în starea în care se aflau la acea dată, pentru a putea fi măsurate şi pentru egalitate de tratament. Astfel cuantumul datoriilor debitorului, constând în debit principal şi accesorii, este stabilit în mod definitiv (de fapt „definitiv" este valabil doar în faliment, deci în cazul

deschiderii procedurii simplificate sau în cazul tabelului definitiv consolidat, pentru că în cazul planului pot interveni derogări, putându-se accepta de către debitor şi plata unei creanţe mai mari decât în tabelul definitiv) la suma existentă la momentul deschiderii, pentru că de la acel moment debitorul nu mai este în întârziere, procedura se derulează în folosul tuturor creditorilor, aceştia trebuind să fie trataţi în mod egal, astfel că accesoriile nu mai trebuie să curgă faţă de nici unul dintre creditorii chirografari. În concret formularea textului ar trebui, însă, să se refere la creanţe negarantate, dar aceasta rezultă pe cale de excepţie, din interpretarea art. 41 alin. (2).

Deschiderea procedurii suspendă curgerea accesoriilor numai faţă de masa creditorilor, ceea ce înseamnă că:

- dobânzile curg faţă de debitor în continuare, ca şi mai înainte (ceea ce sub reglementarea Codului comercial atrăgea posibilitatea de a i se cere debitorului, începând cu închiderea procedurii şi dobânzile acumulate în timpul acesteia.

- suspendarea curgerii accesoriilor se referă numai la masa creditorilor astfel că nu poate fi invocată de codebitori şi fidejusori, în raport cu care nu s-a deschis o procedură, faţă de aceştia curgând în continuare accesoriile.

- suspendarea curgerii accesoriilor face ca pe perioada derulării procedurii să nu curgă nici prescripţia referitor la aceste accesorii, aceasta trebuind considerată suspendată, iar la închiderea procedurii se reia şi curgerea prescripţiei.

În contextul suspendării curgerii accesoriilor, pentru respectarea caracterului egalitar al procedurii, în reglementare Codului comercial s-a ajuns să se aprecieze că pot exista creanţe care sunt producătoare de accesorii şi creanţe care nu sunt producătoare de accesorii, iar pentru că în primul caz se opreşte curgerea accesoriilor, în cazul celorlalte creanţe, neajunse la scadenţă, atunci când se ajungea la cota falimentară se reţinea din aceasta echivalentul dobânzii legale.

Unele creanţe aparent nu produc accesorii, dar de fapt acestea sunt înglobate în capital, cum ar fi un contract de împrumut în care dobânzile sunt înglobate în capital. Într-un astfel de caz, anterior se punea problema dacă se înscrie creanţa la întreaga sumă sau trebuie cercetat cât sunt dobânzi şi să se scadă acestea? Opinia majoritară era în sensul

că trebuie înscrisă întreaga sumă considerându-se că înaintea deschiderii procedurii vechea creanță producătoare de dobânzi a fost novată într-o creanță neproducătoare, dobânzile fiind incluse în capital. De exemplu, dacă dobânda datorată pentru un împrumut, pe timpul procedurii, a fost plătită anticipat, creditorul era înscris cu întreaga sumă, pentru că legea prevede doar suspendarea accesoriilor iar nu și restituirea lor. Regula că accesoriile trecute în capital dau dreptul creditorului să se înscrie cu întreaga sumă nu era, însă, absolutizată, ci în toate cazurile în care se putea stabili clar partea din capital reprezentând accesorii curse în perioada pentru care erau suspendate, acestea nu se înscriau în masa credală.

Regula prevăzută de art. 41 alin. (1) se aplică în raport cu creanțele fără garanții reale ori drept de retenție de orice fel, între care se regăsesc și creanțele bugetare.

Referirea din art. 41 la dobânzi are în vedere atât dobânda convențională cât și dobânda legală.

*

De la regula prevăzută de art. 41 alin. (1), în alin. (2) este prevăzută excepția nesuspendării în procedură a curgerii accesoriilor pentru creanțele garantate (în cazul cărora calcularea accesoriile încetează la data valorificării bunului adus în garanție).

Potrivit art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, prin excepție de la alin. (1), creanțele garantate se înscriu în tabelul definitiv și/sau în tabelul definitiv consolidat, după caz, la valoarea garanțiilor, evaluată în conformitate cu art. 39 alin. (1) lit. A, dar nu mai mult decât valoarea totală a creanței garantate de acea garanție. La distribuția prețului garanției, creditorul garantat va fi îndreptățit să calculeze accesoriile la creanța garantată până cel mult la data vânzării bunului, cu condiția ca prețul bunului să fie corespunzător mai mare decât valoarea inițial evaluată. În cazul în care prețul va fi inferior valorii evaluate, la distribuție se va ajusta corespunzător raportul dintre partea garantată și cea negarantată a creanței.

Creditorii care au fost diligenți și nu s-au mulțumit numai cu un gaj general (adică să fie doar creditori chirografari), ci cu unul special, au dreptul să-și înscrie la masa credală nu numai creditul principal (capitalul), ci și accesoriile care curg până la achitarea debitului. Aceasta,

însă, sub condiţia ca plata debitului şi accesoriilor să se facă din suma ce rezultă din vânzarea bunurilor puse în garanţie, adică în limita acestei sume. Dacă preţul rezultat din valorificarea bunului nu acoperă în întregime creanţa, pentru diferenţa rămasă neacoperită din creanţă creditorul respectiv vine în concurs cu creditorii chirografari asupra bunurilor debitorului nepuse în garanţie. Prin urmare creditorul garantat are dreptul la accesorii până la data vânzării bunului pus în garanţie, dar numai în limita sumei la care este valorificat acesta în final, efectiv. Pentru creanţa sau partea din creanţă negarantată nu vor curge accesorii în procedură. Evaluarea bunului la începutul procedurii poate fi diferită de evaluarea prin preţul de valorificare, ca şi faţă de aceea de la data constituirii garanţei, dat fiind inflaţia, fluctuaţia preţurilor în raport cu mecanismele de piaţă, crizele economice etc. Evaluarea în discuţie justifică, până la preţul de valorificare efectiv, declararea în cadrul procedurii a creanţei şi calcularea accesoriilor.

Practic, după deschiderea procedurii, creanţa garantată se înscrie în tabelul preliminar şi, conform soluţiei din eventuala contestaţie, şi în tabelul definitiv, la valoarea bunului pus în garanţie, rezultată în urma evaluării (de un expert evaluator în baza standardelor internaţionale de evaluare); evaluarea se face la momentul de înscriere a creanţei la masa credală, după cum rezultă implicit din textul de lege, neinteresând un moment anterior, cum ar fi cel la care s-a constituit garanţia, pentru că între timp valoarea de piaţă a bunului se poate să se fi schimbat or, pentru valorificarea bunului în mod obiectiv, în procedură interesează momentul corespunzător din procedură. Este firesc să se procedeze la o astfel de înscriere, în condiţiile în care creditorul garantat este îndreptăţit să îşi recupereze în primul rând creanţa, integral şi din valoarea bunului pus în garanţie; în acelaşi timp, evaluarea în felul arătat asigură cel mai bine anticiparea preţului la care se va vinde bunul pus în garanţie – cu precizarea că este vorba, bineînţeles, de o anticipare cu statut provizoriu, pentru că preţul real la care se va vinde nu poate fi „văzut" decât la un momentul ulterior, la care se va vinde bunul. Înscrierea creanţei la valoarea bunului intervine, practic, pentru cazurile în care valoarea totală a creanţei este mai mare sau egală cu valoarea bunului pus în garanţie.

Dar, dacă valoarea astfel stabilită a bunului este mai mare decât creanţa, se va înscrie doar valoarea totală a creanţei (valoarea totală a creanţei înseamnă debit principal/capital la care se adaugă accesoriile); de regulă, actul de garanţie se referă în mod concret la acestea, astfel că şi în privinţa accesoriilor se poate face o proiecţie a calculului acestora. La momentul înscrierii creanţei garantate pot fi valabile două ipoteze: una în care întreg debitul dar şi toate accesoriile sunt scadente, caz în care nu se mai pune, bineînţeles, posibilitatea unei curgeri ulterioare a accesoriilor, valoarea totală a creanţei rămânând aceiaşi şi la momentul înscrierii şi ulterior, până la momentul vânzării bunului adus în garanţie; în cealaltă ipoteză accesoriile (chiar şi rate din capital), urmează să curgă, în parte sau integral (şi) după momentul înscrierii. În consecinţă, la momentul înscrierii, ca valoare totală a creanţei garantate se va avea în vedere debitul principal/capitalul în mod integral (pentru că creanţele împotriva debitorului sunt considerate, prin deschiderea procedurii, ca ajunse la termen) la care se adaugă accesoriile care au curs până la momentul înregistrării (accesoriile nu se pot considera integral scadente din cauza regimului juridic prevăzut de art. 41 în ceea ce le priveşte). În contextul acestui moment, în raport cu valoarea bunului, respectiv valoarea totală a creanţei astfel cum s-au arătat, se stabileşte şi partea din creanţă garantată în mod real prin bunul pus în garanţie şi partea rămasă negarantată. Ideea este că în continuare accesoriile ar trebui să se calculeze doar pentru partea garantată din creanţă; de exemplu, în cazul unui contract de împrumut în care se stabilesc atât ratele cât şi dobânzile aferente pentru întreaga perioadă de restituire, în cazul în care la momentul înregistrării creanţei la masa credală mai erau de curs rate şi accesorii, valoarea totală a creanţei care se va înscrie va fi constituită din totalitatea ratelor de împrumut – chiar şi cele a căror scadenţă urma să intervină, plus accesoriile care au curs până la acel moment, în baza acestor elemente raportate la evaluarea bunului putându-se stabili în cifre raportul parte garantată/negarantată din creanţă, în mod real la acel moment.

În continuarea procedurii, dacă intervine un plan confirmat, în cuprinsul acestuia pot fi convenite prevederi derogatorii de la regulile din art. 41, iar ulterior, în măsura în care se trece la faliment şi creanţa rămasă este în continuare garantată (în funcţie de ce se poate întâmpla

în reorganizarea nereuşită) înscrierea în tabelul definitiv consolidat se va face de cele mai multe ori după aceleaşi reguli ca în cazul înscrierii în tabelul definitiv. Creditorul garantat poate calcula accesoriile până la data vânzării bunului (după vânzare, evident că nu mai există un bun pus în garanţie de debitor deci nici caracterul garantat al creanţei), dar numai dacă preţul de vânzare este mai mare decât valoarea evaluată iniţial a acestuia (altfel valoarea calculată a acestora nu are acoperire reală în valoarea bunului şi, deşi ele nu se „şterg", vor constitui, în măsura în care nu au acoperire în preţul obţinut, o parte de creanţă negarantată; şi în cazul în care preţul real obţinut este mai mic, o parte din creanţă va rămâne negarantată şi anume o parte din chiar creanţa înscrisă anterior, referitor la acest aspect legiuitorul făcând menţiunea în finalul art. 41 alin. (2) referitor la ajustarea raportului dintre partea garantată şi cea negarantată (în acest caz partea negarantată nu prezintă interes sub aspectul calculării accesoriilor în raport cu ea, pentru că acest calcul se poate face doar până în vânzarea bunului şi, de asemenea, partea negarantată respectivă devine o creanţă negarantată cu care creditorul participă alături de ceilalţi creditori chirografari la valorificarea celorlalte bunuri ale debitorului care nu constituie obiectul unei garanţii). În mod obiectiv, partea negarantată dintr-o creanţă (garantată), reprezintă diferenţa dintre valoarea totală a creanţei şi preţul obţinut din valorificarea bunului. Înaintea oricărei distribuiri cuantumul creanţelor garantate se va actualiza în tabelul creanţelor, cu accesoriile care au curs între timp.

*

În raport cu cele de mai sus, termenul „îndreptăţit" din art. 41 alin. (2) nu trebuie interpretat, aşa cum s-a susţinut în doctrină, în sensul că ar indica o condiţie a realizării calculului accesoriilor, sub aspectul că aceasta nu s-ar face de drept, ci doar dacă se va solicita de creditorul garantat.

De asemenea, textul vizează doar garanţiile reale mobiliare şi imobiliare, iar nu şi garanţiile personale.

Pentru creanţele garantate stoparea curgerii accesoriilor intervine la data vânzării bunului pus în garanţie. În mod evident, dispoziţiile art. 1073 C. civ. nu sunt compatibile cu prevederile legii speciale în materia insolvenţei.

*

În doctrină s-a susţinut că *de lege ferenda* nu ar trebui să se mai prevadă în cazul creanţelor garantate, ca acestea să fie exceptate de la suspendarea curgerii accesoriilor, deoarece faţă de caracterul concursual şi egalitar al procedurii ar fi echitabil un tratament egal pentru toţi creditorii. Comportamentul diligent al creditorilor garantaţi este oricum răsplătit prin ordinea de preferinţă la distribuire. Protecţia excesivă a unei categorii de creditori poate duce la reţineri din partea celorlalţi creditori în a mai solicita deschiderea procedurii. Prin curgerea accesoriilor pentru creanţele garantate acestea cresc în cuantum proporţional cu durata procedurii, scăzând, însă, la fel de proporţional şansele creditorilor chirografari de a-şi recupera creanţa. Chiar şi creditorii garantaţi au probleme, pentru că, de exemplu, băncile având creanţe garantate trebuie să îşi constituie provizioane inclusiv pentru accesoriile al căror cuantum creşte. De asemenea, în raport cu art. 41 alin. (2) scad şansele reorganizării judiciare.

Or, după cum am arătat şi la analiza art. 39 din lege, opinia menţionată conferă, în mod greşit, un aspect identic unor lucruri diferite. Dreptul de creanţă chirografară nu este acelaşi lucru cu dreptul real de garanţie, iar distincţia de regim juridic se impune, pentru a nu încălca un drept real. Egalitarismul promovat prin opinia în discuţie nu este real, iar caracterul concursual rămâne între categoriile egale de creditori, cum este şi normal. Ordinea de preferinţă, în sensul că creditorii garantaţi sunt plătiţi cu prioritate din valoarea bunului pus în garanţie, nu este o favoare ci o consecinţă a faptului că aceştia au un drept real asupra bunului. Egalizarea forţată a şanselor de recuperare a creanţelor pentru toate categoriile de creditori este absurdă, sau denotă dorinţa simplificării procedurii insolvenţei mai mult decât o permite exercitarea drepturilor recunoscute de lege. Provizioanele constituite de bănci nu sunt, totuşi, un motiv de înlăturare a unui drept real iar şansele de reorganizare nu pot fi substanţializate profitându-se de un astfel de drept de către altcineva decât titularul lui.

*

Potrivit art. 41 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, în cazul în care se confirmă un plan de reorganizare, dobânzile, majorările ori penalităţile de orice fel sau cheltuielile accesorii la obligaţiile născute ulterior datei

deschiderii procedurii generale se achită în conformitate cu actele din care rezultă și cu prevederile programului de plăți. În cazul în care planul eșuează, prevederile alin. (1) și (2) se aplică corespunzător pentru calculul accesoriilor cuprinse în programul de plăți, la data intrării în faliment.

Planul poate conține dispoziții derogatorii de la art. 41 alin. (1) și (2), inclusiv în sensul că se pot plăti și accesorii prin programul de plată; posibilitatea prevăzută în acest sens prin art. 41 alin. (3) se referă doar la creanțele născute ulterior deschiderii procedurii. Aceasta înseamnă că nu s-ar putea trece în plan accesorii de plată calculate și la creanțele născute anterior procedurii? Aparent răspunsul ar fi afirmativ, pentru că altfel s-ar încălca regula stabilită prin art. 41 alin. (1). Dar o serie de prevederi ale legii speciale (art. 3 pct. 22, 95 pct. 5 lit. d) pct. 6 lit. G, H) susțin contrariul acestei interpretări, aspect cu care suntem pe deplin de acord.

*

În cazul în care nu se confirmă un plan, calculul accesoriilor se suspendă la data deschiderii procedurii pentru creanțele negarantate, dar acestea curg în continuare pentru creanțele garantate, în ambele cazuri fiind vorba de creanțe anterioare deschiderii procedurii.

Potrivit art. 41 alin. (4) din Legea nr. 85/2006, nici o dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială, numită generic accesorii, nu va putea fi adăugată creanțelor născute ulterior datei deschiderii atât a procedurii simplificate, cât și celei generale, în cazul în care nici un plan de reorganizare nu este confirmat.

Accesoriile nu se calculează nici pentru creanțele născute ulterior datei deschiderii procedurii, dacă nici un plan de reorganizare nu a fost confirmat. Textul de lege nu face distincție între creanțe garantate sau creanțe chirografare [dar pentru acestea din urmă este aplicabil oricum art. 41 alin. (2)]. Calculul și achitarea accesoriilor în această ipoteză se realizează în conformitate cu actele din care rezultă și cu prevederile programului de plăți din plan, dispozițiile în acest sens fiind similare celor referitoare la plata creanțelor în sine născute ulterior deschiderii procedurii.

De asemenea, dacă reorganizarea nu reușește, în condițiile trecerii la faliment, accesoriile se suspendă din nou pentru creanțele chirografare născute după deschiderea procedurii, putând continua doar față de creanțele garantate.

Referirea din textul de lege la deschiderea „procedurii simplificate" este eronată, o astfel de procedură neputând, prin definiție, să implice un plan de reorganizare.

Interdicția curgerii accesoriilor nu trebuie raportată la faptul că în cazul în care procedura durează mult nu numai că nu curg aceste accesorii, dar poate interveni chiar reducerea valorii creanței ca urmare a inflației. Deschiderea și derularea procedurii insolvenței nu reprezintă o situație obișnuită, ci de excepție, astfel că inflația, ca justificare pentru dezdăunare, nu poate fi invocată.

§9. Interdicția de înstrăinare a acțiunilor, părților sociale sau de interes și indisponibilizarea acestora

Dispozițiile art. 42 din Legea nr. 85/2006, în forma inițială, prevedeau următoarele:

1) După ce s-a dispus deschiderea procedurii potrivit art. 33, este interzis administratorilor debitorilor, persoane juridice, sub sancțiunea nulității, să înstrăineze, fără acordul judecătorului sindic, acțiunile ori părțile lor sociale sau de interes deținute de debitorul care face obiectul acestei proceduri.

2) Judecătorul sindic va dispune indisponibilizarea acțiunilor ori a părților sociale sau de interes, potrivit alin. (1), în registrele speciale de evidență ori în conturile înregistrate electronic.

În textul art. 42 se preluau dispozițiile existente în același sens în Legea nr. 64/1995, cu singura deosebire că se avea în vedere formularea „...deținute de debitorul...", în timp ce în legea anterioară, în forma în vigoare începând cu data de 31.07.2005 (art. 46), se regăsea formularea „...deținute la debitorul...". Această deosebire constituia premisa pentru două interpretări diferite asupra scopului și rațiunii textului de lege în sensul că, pe fondul raportului dintre emitentul acțiunilor (și părților sociale sau de interes), pe de o parte și titularul

(deţinătorul) acestora, pe de altă parte, prin art. 42 din Legea nr. 85/2006 legiuitorul ar fi avut în vedere:

1) fie acţiunile, părţile sociale sau de interes emise de debitorul, persoană juridică, împotriva căruia s-a deschis procedura şi deţinute, deci, la acesta de administratorii debitorului respectiv, ca bun propriu al acestora. În această interpretare accentul în analiza textului cade pe persoana administratorilor, vizând legătura lor cu procedura.

2) fie acţiunile, părţile sociale sau de interes emise de terţe persoane juridice şi deţinute la acestea de debitorul împotriva căruia s-a deschis procedura. În această interpretare, dispoziţiile art. 42 alin. (1) vizau un bun din averea debitorului, analiza raportându-se în acest sens. Astfel, sub un prim aspect, prin dispoziţiile în discuţie se viza păstrarea averii debitorului de la momentul deschiderii procedurii, acţiunile respective urmând să servească scopului procedurii. Sub un alt aspect, se pornea de la alte situaţii regăsite în practică în sensul că debitorul şi/sau administratorii săi deţin participaţii la alte societăţi comerciale şi în acest context se transferă activităţi de la debitor la acele societăţi sub motivul funcţionării mai bine a acestora din urmă, iar din sumele rezultate din acele activităţi se plătesc, în final şi datoriile debitorului şi, ulterior, legăturile de „asociere" dintre aceste societăţi şi debitor sunt înlăturate prin vânzarea acţiunilor în discuţie.

Această din urmă interpretare nu putea fi reţinută ca fiind valabilă, deoarece potrivit ei formularea textului era evident contradictorie, pentru că acţiunile, părţile sociale sau de interes nu pot fi avute în vedere în acelaşi timp ca aparţinând atât administratorilor debitorului (potrivit formulării din text „...acţiunile ori părţile lor sociale sau de interes...") cât şi debitorului (...deţinute de debitor...). Cel mai probabil, înlocuirea particulei „la" cu „de" a intervenit ca urmare a unei greşeli materiale a legiuitorului sau a confundării conţinutului termenului „deţinute" cu al aceluia de „emise". În plus, în formele de început ale Legii nr. 64/1995 interdicţia înstrăinării era prevăzută şi în privinţa directorilor executivi, a cenzorilor, cu scopul de a împiedica cesiunea fictivă a acţiunilor, părţilor sociale sau de interes în favoarea unor persoane controlate tot de administrator şi constituia premisa unei alte prevederi, privind suspendarea dreptului de vot, în contextul în care în acele forme ale legii se prevedea pentru acţionari, asociaţi o participare

substanţială chiar la procedura în sine; şi din aceste aspecte rezultă că încă de la început legiuitorul a avut în vedere prin interdicţia de înstrăinare acţiunile, părţile sociale sau de interes deţinute de administratori la debitorul în procedură iar nu pe acelea deţinute de debitor la terţe persoane.

În raport cu acestea, apărea evident că *de lege ferenda* este necesară intervenţia legiuitorului pentru lămurirea expresă a textului, iar până atunci trebuie interpretat că înlocuirea particulei „la" cu „de" nu trebuie considerată de lege lata în măsură să schimbe sensul anterior al dispoziţiilor, astfel cum era prevăzut şi în Legea nr. 64/1995 şi redat în interpretarea de la pct. 1 de mai sus.

În legătură cu raţiunea şi scopul textului de lege, în susţinerea aceleiaşi interpretări s-au invocat şi alte argumente, astfel:

- prin interdicţie s-a vizat prevenirea situaţiei în care terţii, care nu au aflat despre intrarea în procedură a debitorului, să cumpere acţiuni ale acestuia, deşi există riscul ca valoarea acestora să scadă sau să dispară cu totul în contextul procedurii.

- prin interdicţia de înstrăinare s-a urmărit menţinerea posibilităţii de executare silită asupra acţiunilor, părţilor sociale sau de interes indisponibilizate, în cazul în care s-a atras răspunderea administratorilor în temeiul art. 138, îndeosebi în contextul reorganizării judiciare şi mai puţin al falimentului sau ulterior închiderii acestei din urmă proceduri, faţă de tendinţa de scădere a valorii lor.

Au fost exprimate opinii chiar în sensul că prin interdicţia de înstrăinare s-ar fi vizat ca acţiunile, părţile sociale sau de interes indisponibilizate să servească plăţii creanţelor (pasivului) debitorului în procedura propriu zisă. Or, aceasta nu este posibil deoarece în procedură plata pasivului debitorului se poate face doar din bunurile debitorului or acţiunile, părţile sociale sau de interes emise de debitorul persoană juridică şi deţinute de administratori, fiind bunuri ale acestora din urmă nu pot fi şi bunuri ale debitorului, nu constituie masa activă şi deci nu pot constitui obiectul valorificării în procedură.

- corespunzător ridicării dreptului de conducere, textul de lege urmăreşte şi o „îngheţare" la nivelul conducerii debitorului, la data deschiderii procedurii, în vedere respectării de către administratori a aplicării, neeludării unor prevederi ale legii. Acţionarii, asociaţii sunt intere-

saţi de procedură de-a lungul întregii derulări a acesteia. Administratorilor le incumbă unele obligaţii în derularea procedurii, de natură să influenţeze această derulare, de exemplu obligaţiile de natura aceleia prevăzute de art. 35, privind depunerea unor documente, informaţii, în cazul nerespectării căreia practicianul în insolvenţă îşi justifică adeseori neformularea cererii în temeiul art. 138 sau poate interveni chiar răspunderea penală. Înlăturarea interdicţiei de înstrăinare poate genera incertitudini în legătură cu aprecierea încălcării unor astfel de obligaţii şi posibilitatea reală de atragere a răspunderii în astfel de cazuri.

- în Legea nr. 85/2006, în forma iniţială [art. 95 alin. (7)] se prevedea, prin planul de reorganizare, posibilitatea unor operaţiuni de preluare a acţiunilor, părţilor sociale sau de interes deţinute inclusiv de către administratorii debitorului, cu modificarea corespunzătoare a actului constitutiv al acestuia, de către creditori sau terţe persoane, de exemplu în baza creanţelor împotriva debitorului sau în schimbul împrumutării debitorului cu sumele necesare pentru derularea reorganizării. Posibilitatea transferului acţiunilor astfel există în mod corect în raport cu una din modalităţile legale ale procedurii (planul), care se realizează cu implicarea acordului judecătorului sindic. Or, dacă se înlătură interdicţia de înstrăinare prevăzută de art. 42 alin. (1), preluarea acţiunilor şi, astfel, a conducerii debitorului se poate realiza şi în afara uneia dintre modalităţile legale precum şi netransparent, fără implicarea judecătorului sindic, în condiţii în care chiar implicarea practicianului în insolvenţă ar fi discutabilă.

Prin urmare, interdicţia înstrăinării în procedură acţiunilor, părţilor sociale sau de interes în alte scopuri decât cele legale implica justificări multiple.

*

Trebuie subliniat că prin dispoziţiile art. 42 alin. (1) nu se interzicea în general înstrăinarea acţiunilor, părţilor sociale sau de interes, ci doar înstrăinarea acestora fără acordul judecătorului sindic.

Textul de lege prevedea expres interdicţia doar în cazul deschiderii procedurii potrivit art. 33, adică la cererea introductivă a creditorilor, iar nu şi la cererea debitorului. Faptul că debitorul s-a dovedit a fi responsabil ca urmare a faptului că a formulat cererea introductivă nu este însă un motiv suficient pentru a-i permite administratorului acestuia să-şi

înstrăineze participaţiile la capitalul social. În raport cu prevederile exprese ale textului de lege nu se justifica eventuala inexistenţă a interdicţiei de înstrăinare nici în cazul în care o altă persoană, cum ar fi C.N.V.M., a introdus cererea de deschidere a procedurii, deoarece interdicţia ar fi la fel de necesară. Dar, în raport cu referirea expresă a art. 42 alin. (1) la art. 33, nu se poate adăuga la lege.

Sancţiunea nerespectării interdicţiei era nulitatea actului de înstrăinare. În condiţiile în care legiuitorul nu distingea, se avea în vedere, după caz, atât nulitatea absolută, cât şi nulitatea relativă.

Pentru aplicarea sancţiunii nulităţii practicianului în insolvenţă îi revenea în mod prioritar abilitarea de a formula cerere în acest scop, judecarea cererii fiind de competenţa judecătorului sindic.

Interdicţia privea persoanele fizice sau juridice care îndeplinesc funcţia de administratori ai debitorului persoană juridică (debitorului persoană fizică nefiindu-i aplicabile dispoziţiile art. 42). Din moment ce textul de lege se referea la acţiunile, părţile sociale sau de interes ale administratorilor, rezultă că în persoana acestora era întrunită şi calitatea de acţionar/asociat la debitorul în insolvenţă. În raport cu precizarea expresă a textului referitoare exclusiv la persoana administratorilor, dispoziţiile art. 42 nu erau aplicabile şi altor acţionari/asociaţi cum ar fi directorul executiv, membrii consiliului de supraveghere, cenzori, cum se prevedea anterior într-o formă iniţială a Legii nr. 64/1995. În practică şi doctrină au fost, însă, şi opinii în sensul că şi acestor din urmă persoane trebuie să le fie aplicabile dispoziţiile în discuţie, pe motiv că acestea intră în categoria administratorului într-un sens mai larg.

Pentru realizarea interdicţiei, judecătorul sindic avea posibilitatea să dispună ca măsură preventivă, de regulă prin hotărârea de deschidere a procedurii sau şi printr-o hotărâre ulterioară, efectuarea menţiunii de indisponibilizare în registrele privind evidenţa acestor participaţii. Interdicţia intervenea oricum de drept, ope legis, de la data deschiderii procedurii, astfel că lipsa menţiunii în sensul art. 42 alin. (1) sau (2) din hotărârile judecătorului sindic nu putea înlătura existenţa acestei interdicţii.

Dispozițiile art. 42 priveau doar înstrăinările intervenite după deschiderea procedurii (indiferent dacă este vorba de procedura simplificată sau generală) iar nu și cele intervenite anterior deschiderii.

De asemenea, se referă doar la înstrăinarea acțiunilor, părților sociale sau de interes după deschiderea procedurii și, în consecință, nu trebuie confundate cu sancțiunea nulității unor acte încheiate fraudulos de debitor anterior deschiderii procedurii (acțiunile în anulare potrivit art. 79-80).

*

Dispozițiile Legii nr. 277 din 7 iulie 2009 privind aprobarea O.U.G nr. 173/2008 au abrogat expres prevederile art. 42 din Legea nr. 85/2006, în mod integral, cu consecința înlăturării, ca efect al deschiderii procedurii, a interdicției de înstrăinare și a indisponibilizării, astfel cum erau prevăzute acestea prin dispozițiile legale abrogate.

Motivarea expresă avută în vedere de către legiuitor pentru abrogare a fost „eliminarea confuziei, în sensul că părțile sociale sau acțiunile nu fac parte din averea debitorului, ci din patrimoniul asociatului și nu afectează averea debitorului în nici o măsură, iar înlăturarea participațiilor nu împiedică stabilirea răspunderii administratorului conform art. 138 din lege".

Or, după cum am arătat mai sus, formularea textului art. 42 alin. (1) era într-adevăr de natură să creeze premise pentru două interpretări divergente, în sensul că ar putea fi vorba de acțiuni ai căror titulari sunt fie administratorii debitorului, fie debitorul persoană juridică în sine. Dar, stabilirea interpretării valabile, în sensul că este vorba de acțiuni constituind averea administratorilor iar nu a debitorului, ca și faptul că doar bunurile din averea acestuia din urmă pot constitui obiectul valorificării în procedură, se impunea în mod obligatoriu, prin coroborarea art. 42 cu alte texte din cuprinsul legii, inclusiv sub aspectul că executarea silită a hotărârii prin care s-a atras răspunderea prevăzută de art. 138 nu face parte integrantă din procedura insolvenței. De asemenea, interpretarea în sensul arătat putea constitui premisa unei practici judiciare unitare.

De altfel, după cum s-a arătat, prevederile art. 42 alin. (1) permiteau în general înstrăinările, interzicându-le practic doar pe acelea efectuate fără acordul judecătorului sindic, atrăgând sancțiunea nulității acestora.

În acelaşi context, nici faptul că prin Legea nr. 277/2009 dispoziţiile art. 96 alin. (7) din Legea nr. 85/2006 au fost modificate în sensul excluderii unor condiţii care restrângeau posibilitatea preluării întreprinderii de către creditori, prin schimbarea acţionariatului, nu prezintă relevanţă contrară aprecierii sub aspectul că nu se justifica abrogarea art. 42 alin. (1).

De asemenea, este adevărat şi că înlăturarea participaţiilor, în sensul înstrăinării de către administratorul existent la data deschiderii procedurii, nu împiedică atragerea răspunderii acestuia în baza art. 138, deoarece răspunderii respective nici nu se poate referi, în raport cu cerinţele art. 138 alin. (1), la administratorii existenţi începând cu data deschiderii, ci la aceia anteriori deschiderii procedurii pentru starea de insolvenţă determinată prin faptele săvârşite. Dar, chiar dacă nu se împiedică atragerea răspunderii în baza art. 138, abrogarea art. 42 este în măsură să determine restrângerea averii pentru care administratorul poate fi urmărit în cazul în care îi este atrasă răspunderea respectivă, prin înstrăinarea din averea acestuia a acţiunilor, părţilor sociale sau de interes, care constituie de multe ori, în fapt, singurele bunuri cunoscute ale administratorului. În orice caz, în condiţiile aplicării art. 42 alin. (1) nu mai era necesar să se solicite de către părţile interesate luarea unor măsuri asigurătorii referitor la acţiunile respective.

Oricum, în raport cu cele arătate, o problemă de interpretare nu reclama abrogarea ci doar lămurirea textului de lege.

Mai grav este faptul că, în condiţiile în care interdicţia la care se referea textul de lege avea şi alte scopuri, strict de ordin procedural legal, în urma abrogării acestea nu se mai pot realiza. Astfel, prin art. 42 se asigura cunoaşterea în procedură a demersului de înstrăinare şi, în al doilea rând, se analiza dacă nu cumva înstrăinarea se îndreaptă împotriva scopului procedurii, lezând interesele creditorilor. De exemplu, legea prevede, obligaţia depunerii unor documente, informaţii (art. 35 etc.) practic în sarcina administratorului debitorului. În practică, invocând neîndeplinirea acestei obligaţii, practicianul în insolvenţă îşi justifică refuzul de a formula cererea în temeiul art. 138 din Legea nr. 85/2006. Neîndeplinirea obligaţiei respective poate atrage şi răspunderea penală. Or, administratorul care are şi calitatea de unic asociat poate să-şi înstrăineze participaţiile, chiar în condiţii de asigurare a opozabilităţii, în termen scurt de la deschiderea procedurii, cu

consecința că noul asociat unic devine administratorul debitorului, fără, însă, să se ia cunoștință despre aceasta și ceilalți participanți; obligația de depunere a documentelor va reveni în sarcina noului administrator, deși în cauză a fost notificat pentru aceasta doar administratorul anterior, situație care face discutabilă aprecierea în sensul că deși notificat administratorul nu a depus actele, precum și culpa acestuia.

§10. Suspendarea acțiunilor/părților sociale ale debitorului. Retragerea valorilor mobiliare (art. 43)

Potrivit art. 43 din Legea nr. 85/2006:

1) Ca urmare a deschiderii procedurii și până la data confirmării planului de reorganizare, acțiunile societăților emitente, în sensul Legii nr. 297/2004 privind piața de capital, cu modificările și completările ulterioare, se suspendă de la tranzacționare cu începere de la data primirii comunicării de către Comisia Națională a Valorilor Mobiliare.

2) La data primirii de către C.N.V.M. a comunicării privind intrarea în procedura falimentului intervine retragerea valorilor mobiliare de pe piața reglementată pe care acestea se tranzacționează.

10.1. Suspendarea de la tranzacționare

În continuarea dispozițiilor art. 42, fără a se confunda cu conținutul acestora, dispozițiile art. 43 alin. (1) prevăd pentru cazul acțiunilor supuse tranzacționării pe piața de capital, suspendarea acestora de la tranzacționare și condițiile în care intervine măsura respectivă.

Din moment ce față de societatea emitentă s-a deschis procedura insolvenței, deoarece nu mai poate continua o activitate normală, nici tranzacționarea pe piața de capital a acțiunilor acesteia nu mai poate continua.

Sunt vizate toate acțiunile societăților emitente în sensul Legii nr. 297/2004 privind piața de capital, indiferent de deținător.

Suspendarea intervine de drept, dar nu începe efectiv de la data deschiderii procedurii ci de la data înregistrării primirii de către C.N.V.M. a adresei prin care i se comunică hotărârea de deschidere a

procedurii (potrivit art. 7 alin. (4). În ceea ce priveşte durata, legiuitorul a precizat „până la data confirmării planului de reorganizare", aspect care se impune a fi explicat. Astfel, suspendarea de la tranzacţionare se justifică doar în perioada de observaţie. În cazul reorganizării propriu-zise, generată de confirmarea unui plan, în planul respectiv legea prevede posibilitatea adoptării unor măsuri de redresare a activităţii care includ şi acţiunile existente sau chiar emiterea de noi acţiuni, inclusiv tranzacţionarea acestora. În plus, activitatea în perioada de reorganizare este apropiată de activitatea normală, chiar dacă este subordonată clauzelor planului; oricum, în perioada de reorganizare propriu-zisă nu scopul delimitării şi conservării averii debitorului este prioritar (acesta putând fi influenţat de tranzacţionarea acţiunilor emise de debitor), iar activitatea debitorului nu se limitează obligatoriu la activitatea continuată din perioada de observaţie). Prin urmare, în perioada de reorganizare nu se justifică măsura suspendării de la tranzacţionare, ba chiar evoluţia valorii acţiunilor pe piaţă poate constitui un barometru al evoluţiei debitorului în raport cu aplicarea planului.

În cazul procedurii falimentului, intervine dizolvarea pentru lichidarea bunurilor debitorului în vederea plăţii creanţelor şi chiar dacă la momentul închiderii acestei proceduri toate creanţele au fost acoperite şi au mai rămas bunuri în averea debitorului, legea prevede radierea acestuia, cu transmiterea eventualelor bunuri rămase către asociaţi sau a valorii lor către fondul prevăzut de art. 4, astfel că acţiunile emise de debitor rămân practic o formă fără conţinut (şi valoare) şi, prin urmare, în mod obiectiv nu se mai justifică tranzacţionarea lor. Aceasta, cu menţiunea că nu se poate considera că ar interveni lichidarea şi cu privire la acţiunile respective, care nu fac parte din patrimoniul debitorului ci al deţinătorilor lor, iar averea acestora din urmă nu constituie obiectul procedurii.

10.2. Retragerea valorilor mobiliare

În cazul în care se trece la faliment, în contextul celor analizate mai sus, se impune retragerea nu numai a acţiunilor, ci şi a celorlalte valori mobiliare emise de debitor, de pe piaţa pe care sunt tranzacţionate:

obligațiuni, instrumente financiare derivate etc. Trecerea, în cadrul procedurii, la faliment nu este de natură să mai permită revenirea la un plan.

Retragerea intervine efectiv la data primirii de către C.N.V.M. a hotărârii de intrare în faliment. Valorile mobiliare nu se retrag pe perioada de observație ci doar la trecerea în faliment.

§11. Obligația depunerii de date și informații (art. 44)

Potrivit art. 44 din Legea nr. 85/2006 în forma inițială:

„Debitorul are obligația de a pune la dispoziție administratorului judiciar sau, după caz, lichidatorului toate informațiile cerute de acesta, precum și toate informațiile apreciate ca necesare, cu privire la activitatea și averea sa, precum și lista cuprinzând plățile și transferurile patrimoniale făcute de el în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii".

Prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008 textului de lege menționat i s-a adăugat la final formularea: „..., sub sancțiunea prevăzută la art. 108^1 alin. (1) pct. 2 lit. d) și e) din Codul de procedură civilă".

Am văzut că potrivit art. 28 alin. (2), în cazul cererii introductive a debitorului și, respectiv, potrivit art. 35, în cazul cererii introductive a creditorului există obligația depunerii de către debitor a actelor prevăzute de art. 28 alin. (1), care prezintă relevanță în legătură cu analizarea îndeplinirii sau nu a condițiilor de deschidere a procedurii sau sub aspectul efectuării unor acte de procedură după deschiderea acesteia (notificarea creditorilor, propunerea unui plan etc.)

Însă, în cadrul derulării procedurii trebuie efectuate mult mai multe acte decât acelea având legătură cu documentele prevăzute de art. 28 alin. (1), a căror îndeplinire revin în principal în sarcina practicianului în insolvență. Astfel, practicianul va trebui să întocmească raportul prevăzut de art. 54, pentru direcționarea procedurii spre plan sau spre faliment, sau cel prevăzut de art. 59, pentru promovarea acțiunii prevăzute de art. 138, să mențină sau să denunțe contractele neexecutate încheiate de debitor, să formuleze eventuale acțiuni în anulare a actelor

frauduloase etc. Pentru toate aceste sarcini sunt necesare o serie de date și informații, depunerea acestora la dosarul cauzei fiind reglementată prin art. 44, în discuție, care trebuie analizat în mod distinct de art. 28 alin. (2), respectiv, art. 35 din lege.

Obligația vizează nu numai orice informații pe care le cere practicianul, dar și toate informațiile apreciate ca necesare – chiar dacă nu au fost cerute de practician, ambele categorii de informații limitându-se la activitatea și averea debitorului. De asemenea, debitorul are obligația să pună la dispoziția practicianului, indiferent dacă acesta o cere sau nu, lista plăților și transferurilor patrimoniale pe care le-a efectuat în perioada de 120 de zile anterioare deschiderii procedurii, în contextul în care pentru acțiunile în anulare la care se referă art. 80 din lege, specifice insolvenței și mult mai ușor de probat, „perioada suspectă" este stabilită de legiuitor în limita celor 120 de zile.

Informațiile la care se referă textul de lege pot sau nu să se concretizeze sub forma unor documente sau a altor suporturi de informație.

Neîndeplinirea de bună voie a obligației atrage față de debitor, sancțiunea amenzii judiciare în situațiile prevăzute de art. 108^1 pct. 2 lit. d) și e) C. proc. civ., care pot interveni, după caz, atât în cazul ridicării, cât și al neridicării dreptului de administrare, indiferent dacă implică administratorul statutar sau special. În vederea dispunerii sancțiunii judecătorul sindic trebuie să fie sesizat de către practicianul în insolvență, în raport cu prevederile art. 20 alin. (1) lit. n) din Legea nr. 85/2006.

De asemenea, neîndeplinirea obligației poate influența practicianul în sensul formulării acțiunii în atragerea răspunderii în baza art. 138 sau poate constitui, în mod indirect, un indiciu în sensul eventualei săvârșiri a faptelor incriminate potrivit art. 143 alin. (2) lit. a), art. 147 din Legea nr. 85/2006.

§12. Însemnele insolvenței

Potrivit art. 45 din Legea nr. 85/2006:

1) După rămânerea irevocabilă a hotărârii de deschidere a procedurii toate actele și corespondența emise de debitor, administratorul

judiciar sau lichidator vor cuprinde, în mod obligatoriu și cu caracter vizibile, în limba română, engleză și franceză, mențiunea în insolvență, *in insolvency, en procedure collective.*

2) După intrarea în reorganizare judiciară sau faliment, actele și corespondența vor purta, în condițiile prevăzute la alin. (1), mențiunea în reorganizare judiciară, *in judicial reorganization, en redressement* sau, după caz, în faliment, *in bankruptcy, en faillite.* După intrarea în procedura simplificată se va face, de asemenea, mențiunea în faliment, *in bankruptcy, en faillite.*

3) Prejudiciile suferite de terții de bună-credință, ca urmare a nerespectării obligației debitorului menționate la alin. (1) și (2), vor fi reparate în mod exclusiv de persoanele care au încheiat actele ca reprezentanți legali ai debitorului, fără a fi atinsă averea debitorului.

În raport cu rămânerea irevocabilă a hotărârii de deschidere a procedurii toate actele și corespondența emise de debitor și de practicianul în insolvență desemnat – cu privire la procedură, trebuie în mod obligatoriu să cuprindă mențiunea în sensul că debitorul respectiv se află în insolvență, în toate cele trei limbi indicate și cu caractere vizibile. Scopul acestei mențiuni este de a se înștiința terțele persoane despre faptul că debitorul se află în stare de insolvență.

Mențiunea trebuie efectuată începând cu momentul rămânerii irevocabile a hotărârii de deschidere a procedurii generale, pe toată durata perioadei de observație. Rămânerea irevocabilă se apreciază în raport cu prevederile art. 377 C. proc. civ., având în vedere situația în care deschiderea procedurii se dispune printr-o hotărâre dată în primă instanță sau în recurs și intervine astfel: de la data la care expiră termenul de recurs în cazul hotărârii de primă instanță care nu s-a atacat cu recurs și, respectiv, la data deciziei prin care s-a soluționat recursul, în cazul în care hotărârile judecătorului sindic sunt atacate cu recurs.

După rămânerea irevocabilă a hotărârii de confirmare a planului, respectiv de trecere la faliment (sau de deschidere a procedurii simplificate), conținutul mențiunii se schimbă, în sensul că va fi în reorganizare, respectiv, în faliment, dar în aceleași condiții menționate la alin. (1).

Mențiunea nu se aplică doar pe actele sau corespondența debitorului ci și pe acelea ale practicianului desemnat în cauză, referitor, bineînțeles, doar la debitor și procedura derulată împotriva acestuia. Obli-

gaţia efectuării menţiunilor priveşte persoana căreia îi revine dreptul de conducere, sub aspectul calităţii de reprezentare legală a debitorului - administratorului statutar/special, sau, practicianului în insolvenţă.

Terţele persoane prejudiciate ca urmare a neefectuării menţiunii în condiţiile arătate au dreptul la reparaţii exclusiv din partea persoanelor cărora le revenea legal obligaţia de efectuare a menţiunii, din averea acestora, iar nu a debitorului.

Aprecierea naturii juridice a eventualei acţiuni în despăgubiri formulată de o terţă persoană prejudiciată trebuie să reţină omisiunea efectuării menţiunii ca faptă în sarcina nu a debitorului în sine, ci a persoanei având calitatea de reprezentant legal al acestuia şi nu în contextul unui regim juridic obişnuit, ci al reglementării legale speciale a procedurii insolvenţei. În mod evident, este vorba de un caz de răspundere civilă delictuală pentru fapta proprie a persoanei, potrivit art. 998-999 C. civ., dar nu se poate ignora faptul că în mod specific, prin omiterea menţiunii, persoana respectivă nu aduce la îndeplinire o regulă a procedurii insolvenţei, debitorul aflându-se sub imperiul procedurii insolvenţei, iar nu într-o activitate normală. Faţă de cele arătate nu se justifică reţinerea unei răspunderi proprii a debitorului şi aceasta chiar dacă este vorba de o faptă a reprezentantului său, deoarece trebuie avut în vedere că nu este vorba de o reprezentare legală în sensul dreptului comun, ci de una specifică, proprie procedurii insolvenţei. Dacă s-ar accepta fără distincţie, exclusiv prin prisma dreptului comun, că situaţia ar implica un raport între debitorul având calitate de comitent şi reprezentantul prepus, s-ar ajunge la reţinerea culpei debitorului implicat în procedură, contrar dispoziţiilor exprese ale art. 45 alin. (3). Or, regulile procedurii nu sunt edictate pentru a produce un prejudiciu, ci dimpotrivă, şi se impune ca reprezentantul debitorului să răspundă singur pentru neîndeplinirea conformă, în măsură să cauzeze un prejudiciu, a unei reguli a procedurii, care îi revenea spre realizare, fără a fi aplicabile prevederile art. 1000 C. civ.

În condiţiile în care priveşte o terţă persoană prejudiciată şi un reprezentant al debitorului, iar nu debitorul în sine, obiectul acţiunii în despăgubire nu are legătură cu obiectul procedurii de insolvenţă, chiar dacă este circumstanţiat acesteia, astfel că nu este atrasă competenţa judecătorului sindic în soluţionarea acţiunii respective, ci a instanţei de

drept comun. Nefiind formulată împotriva debitorului, acțiunea în pretenții nu va fi supusă nici suspendării în baza art. 36.

Pentru a putea avea câștig de cauză, terțele persoane trebuie, însă, să fi fost de bună credință, în sensul că nu trebuia să fi avut cunoștință, la data la care s-au raportat la actul, corespondența din care s-a omis mențiunea cu consecința prejudicierii lor, că față de debitor s-ar fi deschis procedura, s-ar fi confirmat planul sau s-ar fi trecut la falimentul debitorului. În caz contrar, terțele persoane nu vor putea imputa prejudiciul decât în raport cu conduita propriei persoane. Buna-credință se prezumă, astfel că îi revine pârâtului sarcina de a face proba contrară în sensul că persoana prejudiciată ar fi cunoscut de fapt că debitorul se află cadrul procedurii, pentru a răsturna astfel prezumția de bună credință.

În ceea ce privește vinovăția persoanei care a omis efectuarea mențiunii, poate fi vorba atât de intenție cât și de culpă. Referitor la prejudiciu trebuie să se distingă cu atenție; de exemplu, dacă actul încheiat este unul de împrumut de la un terț, în numele și în beneficiul debitorului, pentru creanța reprezentând împrumutul terțul creditor va trebui să se îndrepte împotriva acestuia din urmă, în cadrul procedurii, prin declarație de creanță, prejudiciul invocat prin acțiunea în despăgubire trebuind să aibă o altă justificare.

§13. Nulitatea actelor debitorului în cadrul procedurii

Potrivit art. 46 din Legea nr. 85/2006:

1) În afară de cazurile prevăzute la art. 49 sau de cele autorizate de judecătorul sindic, toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii sunt nule.

2) Debitorul și/sau, după caz, administratorul judiciar, sunt obligați să întocmească și să păstreze o listă cuprinzând toate încasările, plățile și compensările efectuate după deschiderea procedurii, cu precizarea naturii și valorii acestora și a datelor de identificare ale cocontractanților.

Dispoziţiile art. 46 prevăd unul dintre cele mai importante efecte ale deschiderii procedurii (după cel prevăzut de art. 47), care marchează intrarea debitorului sub imperiul cerinţelor procedurii insolvenţei. Efectul respectiv semnifică faptul că după deschiderea procedurii, sub sancţiunea nulităţii, debitorul nu mai poate efectua decât actele prevăzute de procedură, în reglementarea existentă şi astfel cum sunt prevăzute actele respective, iar aceasta chiar fără legătură cu ridicarea dreptului de administrare, care se referă la persoana care efectuează pentru debitor actele în procedură, iar nu la actele în sine. Ceea ce este determinant pentru prevederea nulităţii, prin prisma situaţiei noi rezultate în urma deschiderii procedurii şi în sensul cerinţelor legii speciale, este apariţia, conform reglementării procedurii, a „masei active", constituită din bunurile debitorului şi a „masei credale", pentru acoperirea căreia se valorifică bunurile debitorului (într-un înţeles extins valorificarea însemnând nu doar lichidarea ci şi utilizarea bunurilor pentru aplicarea unui plan, în vederea plăţii creanţelor), în condiţiile în care acestea, în mod esenţial trebuie să fie delimitate în cazul oricărei proceduri deschise (cu excepţia ipotezei la care se referă art. 134), indiferent dacă se ridică sau nu dreptul de administrare. Dispoziţiile art. 46 au în primul rând scopul de a proteja averea debitorului, pentru că îndeosebi reprezentanţii statutari ai debitorului, mai ales când nu s-a transferat dreptul de administrare, pot fi tentaţi să înstrăineze bunuri ale debitorului în folos propriu, să facă plăţi direcţionate etc., lezând astfel interesul creditorilor privind recuperarea creanţelor, astfel de intenţii trebuind să fie împiedicate.

Unul dintre exemplele cele mai frecvente este acela al plăţii de către debitor, după deschiderea procedurii, a creanţei invocate în cererea introductivă a creditorului. Plata este nulă în raport cu dispoziţiile art. 46 din lege, singura şansă pe care o are debitorul de a obţine revenirea în recurs asupra deschiderii procedurii nefiind o astfel de plată, ci aceea de a dovedi că în realitate dispunea, la momentul pronunţării hotărârii recurate, de disponibilităţile băneşti necesare pentru acoperirea întregului pasiv (invocat prin cererea introductivă).

Trebuie accentuat că sancţiunea nulităţii este prevăzută pentru toate actele, operaţiunile şi plăţile, altele decât cele exceptate expres, potrivit art. 49 sau autorizate de judecătorul sindic. Bineînţeles, însă, că nu intră

în discuție sub acest aspect acelea efectuate în reorganizarea judiciară, potrivit planului sau în procedura falimentului, de către lichidator. Sancțiunea nulității poate să intervină și pentru acte care sunt doar aparent în favoarea menținerii averii debitorului. Alte acte doar aparent nu vizează menținerea averii debitorului, de exemplu actele de conservare, care susțin și interesul creditorilor și cum nulitatea prevăzută de art. 46 este, după cum se va preciza mai jos, una relativă, astfel de acte vor trebui să fie menținute de către practicianul în insolvență.

Dispozițiile art. 46 sunt de aplicabilitate generală, în raport cu deschiderea atât a procedurii generale cât și a procedurii simplificate. Trimiterile făcute în textul de lege la cazurile prevăzute de art. 49 sau la administratorul judiciar nu sunt în măsură să restrângă aplicarea sancțiunii nulității doar în procedura generală, iar nu și în procedura simplificată, cu atât mai mult cu cât în cazul acestei din urmă proceduri pot exista elemente ale perioadei de observație, intervine dizolvarea debitorului etc.

Este eronată opinia exprimată în doctrină în sensul că după deschiderea procedurii toate actele debitorului „sunt supuse autorizării judecătorului sindic", iar încălcarea acestei condiții conduce la nulitate. Aceasta deoarece, în primul rând în raport cu art. 11 alin. (1) și (2) din Legea nr. 85/2006, judecătorului sindic îi revin atribuții jurisdicționale și de control judecătoresc al activității administratorului judiciar/lichidatorului și nicidecum atribuții directe de autorizare a managementului economic. În plus, dispozițiile art. 46 alin. (1) se referă în mod expres și la dispozițiile art. 49, care, la alin. (2) au în vedere autorizarea unor „acte, operațiuni și plăți" de către administratorul judiciar, iar nu doar la „autorizarea" acestora, pe calea dispunerii printr-o hotărâre, de către judecătorul sindic, în urma soluționării de către acesta a unei cereri în sensul respectiv.

În doctrină s-a apreciat că dispozițiile art. 46 ar avea în vedere o nulitate absolută, deoarece este vorba de o prevedere ce ține de esența procedurii iar nulitatea trebuie constatată pentru a avea efect, ceea ce înseamnă că poate fi solicitată de orice persoană interesată, oricând și necondiționat de existența vreunei vătămări. Într-o altă opinie, care continuă doctrina mai veche, axată pe principiile falimentului și pe care o considerăm pragmatică prin formularea „sunt nule" din textul de lege

s-a urmărit în concret să se sublinieze prevederea unei nulităţi care intervine de drept, în mod automat, în raport cu caracterul special al procedurii insolvenţei, dar care, pe de altă parte este o nulitate relativă, pentru mai multe motive: 1) - debitorul nu este şi nu devine un incapabil, el putându-se obliga în continuare şi după deschiderea procedurii, numai că actele pe care le mai încheie şi care ar avea o influenţă asupra bunurilor sale sunt nule doar în raport cu colectivitatea creditorilor care se supun verificării creanţei declarate, prin prisma interesului acestora; 2) - nulitatea ţine de esenţa procedurii indiferent că este absolută sau relativă; 3) - pentru ca nulitatea să aibă efect, în condiţiile în care intervine de drept, nu trebuie obligatoriu ca în toate cazurile să fie pronunţată anularea actului prin hotărârea judecătorească (urmare doar a unei acţiuni în acest sens), legiuitorul nefăcând vreo distincţie sub acest aspect, iar deschiderea procedurii creează o situaţie specială în care viziunea din dreptul comun nu este compatibilă întru totul.

Considerând nulitatea ca fiind relativă, rezultă că : 1) este posibil ca practicianul în insolvenţă să menţină un act încheiat de debitor după deschiderea procedurii, dacă îl socoteşte favorabil masei creditorilor, conservării sau maximizării averii debitorului; 2) dacă o terţă persoană a garantat o obligaţie sau un act făcut de o altă persoană, în cazul în care faţă de aceasta din urmă se deschide procedura, garanţia dată de terţa persoană rămâne valabilă, pentru că este vorba de o nulitate doar în interesul creditorilor, astfel că de aceasta nu se poate prevala şi terţa persoană; 3) de nulitatea în discuţie nu se poate prevala decât masa creditorilor prin practicianul în insolvenţă, creditorii individuali neputând să exercite în interes individual drepturile ce ar decurge din nulitatea actelor încheiate de debitor după deschidere, aceasta pentru că nulitatea este prevăzută în interes colectiv; dacă totuşi cineva îşi declară în procedură o creanţă în baza unui act nul, încheiat după deschiderea procedurii, oricare alt creditor se poate opune invocând nulitatea (dreptul lui derivând din acela de a contesta creanţele înscrise în tabelul de creanţe).

*

Pentru a se putea lua cunoştinţă despre actele cărora le este aplicabilă sancţiunea nulităţii şi a se proceda în consecinţă, debitorul sau, dacă s-a transferat dreptul de administrare, administratorul judiciar,

au obligaţia de a ţine o listă privind orice încasări, plăţi compensări, valoarea lor şi datele de identificare ale cocontractantului.

*

În raport cu dispoziţiile art. 46 nulitatea intervine de drept pentru că actele la care se referă această sancţiune au fost încheiate de debitor după deschiderea procedurii, când acesta nu mai poate face nici un act asupra bunurilor lui fără respectarea cerinţelor procedurii. Actele sunt nule încă de la încheierea lor, în mod intrinsec şi necesar, pentru că sunt făcute de o persoană, debitorul, care nu mai poate dispune valabil de bunurile sale, cel puţin nu şi faţă de masa credală.

În ceea ce priveşte constatarea nulităţii, după cum s-a arătat, din moment ce aceasta intervine de drept înseamnă că nu este nevoie obligatoriu, în orice ipoteză, de o hotărâre judecătorească prin care să se pronunţe anularea. În general, dacă debitorul înstrăinează un bun după deschiderea procedurii, fără să îl şi transmită efectiv, un astfel de act nu se poate opune masei creditorilor, se va socoti că nu există şi se va dispune, în cadrul procedurii, de acel bun ca şi cum nu ar fi ieşit din patrimoniul debitorului.

În concret nulitatea poate fi reţinută pe cale de acţiune sau de excepţie. Practic în baza art. 46 sesizarea privind un act încheiat de debitor după deschiderea procedurii trebuie admisă, cu consecinţa reţinerii nulităţii actului. Dispoziţiile legii [inclusiv art. 11 alin. (1)] nu aduc vreo precizare sub acest aspect. Teoretic, analiza poate avea în vedere posibilitatea formulării acţiunii în nulitate în cadrul procedurii sau în afara ei, la instanţele de drept comun, după competenţa atrasă în concret de o acţiune sau alta. Dar, o acţiune la instanţa de drept comun ar impieta cu siguranţă celeritatea procedurii (datorită formelor care ar trebui realizate sau a căilor de atac). Mai mult, este vorba de acte, operaţiuni şi plăţi efectuate de un debitor faţă de care s-a deschis procedura, efectuate în cadrul acesteia (dar într-un mod nelegal, deoarece nu sunt conforme cerinţelor legale impuse de procedură); însăşi intervenirea de drept a nulităţii în raport cu deschiderea procedurii este specifică procedurii insolvenţei în sine, ceea ce justifică pe deplin aprecierea că din moment ce aceste acte, operaţiuni sau plăţi sunt intrinseci procedurii, atunci şi acţiunea în constatarea nulităţii lor sau invocarea acesteia pe cale de excepţie trebuie să intervină, în mod firesc, tot în

cadrul procedurii, iar soluţionarea acesteia să fie de competenţa judecătorului sindic. De exemplu, dacă după deschiderea procedurii s-a încheiat un act de vânzare-cumpărare privind un bun al debitorului vânzător, iar bunul este încă la debitor, terţul cumpărător va trebui să formuleze cerere de predare a bunului, însă debitorul, prin administratorul judiciar va putea invoca pe cale de excepţie nulitatea actului, faţă de care cererea va trebui să fie respinsă. Dacă bunul a ajuns la terţul cumpărător, trebuie ca practicianul în insolvenţă, pentru debitor, să formuleze acţiune în constatarea nulităţii actului invocat de terţ (nulitate care a intervenit de drept) pentru a obţine şi titlul necesar revenirii, pe calea executării silite, la situaţia anterioară.

Sancţiunea nulităţii prevăzută de art. 46 priveşte îndeosebi actele, operaţiunile şi plăţile efectuate după deschiderea procedurii de către debitor prin administratorul statutar sau administratorul special. În raport cu dispoziţiile Legii nr. 85/2006 în forma anterioară intrării în vigoare a Legii nr. 277/2009, spre deosebire de acţiunile în anulare prevăzute de art. 79-80 din lege, în ipoteza art. 46 legea nu a prevăzut expres calitatea procesuală activă a practicianului în insolvenţă. Referitor la acest aspect, având în vedere regulile reprezentării debitorului în contextul procedurii insolvenţei (indiferent dacă s-a ridicat sau nu dreptul de administrare şi dincolo de atribuţiile limitate ale administratorului special), caracterul bilateral al actului, sau faptul că nulitatea relativă nu poate fi invocată de terţe persoane, s-ar putea aprecia că acţiunea în nulitatea actului, care este scutită de la plata taxei judiciare de timbru, ar trebui să fie formulată de către debitor prin practicianul în insolvenţă, împotriva cocontractantului, cu citarea acestuia, pentru opozabilitatea hotărârii ce se va pronunţa. În acest context ar fi de reţinut, totodată, că sancţiunea nulităţii prevăzută de art. 46 poate privi şi actele, operaţiunile sau plăţile încheiate cu încălcarea cerinţelor legale după deschiderea procedurii de către debitor prin practicianul în insolvenţă, în condiţiile în care activitatea acestuia nu exclude, în principiu, greşelile. În acest caz, ar deveni necesară sesizarea judecătorului sindic de către cocontractant, fără a fi exclusă în mod aprioric nici sesizarea din partea debitorului prin chiar practicianul în insolvenţă, pentru că acesta din urmă nu justifică un interes propriu în raport cu scopul procedurii, deci ar putea invoca o culpă proprie,

dacă aceasta nu se extinde şi asupra debitorului în sine. În orice caz, sub acest din urmă aspect, doar dispoziţiile art. 21, art. 20 alin. (1) lit. n) sau art. 25 lit. k) din lege nu sunt, de regulă, suficiente şi/sau adecvate, în ceea ce priveşte cerinţele sesizării.

Modificarea dispoziţiilor art. 3 pct. 26 din Legea nr. 85/2006 prin Legea nr. 277/2009, în sensul că pentru soluţionarea acţiunilor prevăzute la art. 46 şi a celor reglementate de art. 79 şi 80 debitorul va fi reprezentat de un curator special desemnat în cazul în care nu a fost desemnat un administrator special, este de natură să lămurească intenţia legiuitorului în ceea ce priveşte cadrul procesual referitor la părţile în acţiunile în anulare întemeiate pe dispoziţiile art. 46. Având în vedere similitudinea expresă stabilită de către legiuitor între cele două categorii de acţiuni în anulare, faptul că dispoziţiile Legii nr. 85/2006 nu prevăd posibilitatea formulării unor acţiuni în anulare de către debitor prin administratorul special, iar nulitatea prevăzută de art. 46 ţine în mod specific, ca şi nulitatea prevăzută de art. 79-80, de esenţa procedurii insolvenţei, ceea ce atrage şi competenţa de pronunţare a judecătorului sindic, trebuie să se reţină că, la fel ca în cazul acţiunilor întemeiate pe art. 79-80, în cazul acţiunilor în anulare întemeiate pe art. 46 calitatea de pârâţi revine părţilor din actul atacat, respectiv debitorul prin administratorul special sau, în cazul nedesemnării acestuia, printr-un curator special desemnat precum şi cocontractantului, iar pe de altă parte, legitimitatea procesuală activă revine practicianului în insolvenţă. În acest sens, trebuie avut în vedere că, în ansamblul procedurii, practicianului îi revine responsabilitatea aplicării principiului maximizării averii debitorului, context în care, în mod specific procedurii, îi este conferită legitimitatea procesuală activă nu numai pentru menţinerea sau denunţarea contractelor debitorului în curs de executare (art. 86 şi urm.), dar şi pentru acţiunile în anularea unor acte încheiate de debitor anterior deschiderii procedurii (art. 79, 80), respectiv, pentru acţiunile în anularea unor acte încheiate de debitor după deschiderea procedurii (art. 46).

Desemnarea curatorului special, dintre organele de conducere statutare aflate în exerciţiul funcţiunii la data deschiderii procedurii, se va face de către judecătorul sindic în camera de consiliu, fără citarea părţilor.

Hotărârea judecătorului sindic trebuie să cuprindă, urmare a unei cereri corespunzătoare, şi dispoziţia de repunere în situaţia anterioară, ca efect al nulităţii actului, dobânditorul având obligaţia de restituire a ceea ce a primit în baza unui act nul, eventualul lui drept născut pe cale de consecinţă subordonându-se în primul rând regulilor procedurii.

§14. Ridicarea dreptului de administrare (art. 47)

Potrivit art. 47 din Legea nr. 85/2006:

1) Deschiderea procedurii ridică debitorului dreptul de administrare – constând în dreptul de a-şi conduce activitatea, de a-şi administra bunurile din avere şi de a dispune de acestea – dacă acesta nu şi-a declarat, în condiţiile art. 28 alin. (1) lit. h) sau, după caz, art. 33 alin. (6), intenţia de reorganizare.

2) Cu excepţia cazurilor expres prevăzute de lege, prevederile alin. (1) sunt aplicabile şi bunurilor pe care debitorul le-ar dobândi ulterior deschiderii procedurii.

3) Judecătorul sindic va putea ordona ridicarea, în tot sau în parte, a dreptului de administrare al debitorului odată cu desemnarea unui administrator judiciar, indicând totodată şi condiţiile de exercitare a conducerii debitorului de către acesta.

4) Dreptul de administrare al debitorului încetează de drept la data la care se dispune începerea falimentului.

5) Creditorii, comitetul creditorilor ori administratorul judiciar pot oricând adresa judecătorului sindic o cerere de a se ridica debitorului dreptul de administrare, având ca justificare pierderile continue din averea debitorului sau lipsa probabilităţii de realizare a unui plan raţional de activitate.

6) Judecătorul sindic va examina, în termen de 15 zile, cererea prevăzută la alin. (5), într-o şedinţă la care vor fi citaţi administratorul judiciar, comitetul creditorilor şi administratorul special.

7) De la data intrării în faliment, debitorul va putea desfăşura doar activităţile ce sunt necesare derulării operaţiunilor lichidării.

14.1. Aspecte generale

Deschiderea falimentului implică dintotdeauna regula desesizării debitorului atât de bunurile sale, sub aspectul administrării și dispoziției asupra acestora, cât și de conducerea activității, în condițiile în care în faliment mai pot fi desfășurate, în principiu, doar activitățile necesare derulării operațiunilor lichidării. Aceste activități nu mai au legătură, însă, cu dreptul de administrare, a cărei exercitare, în urma dizolvării debitorului persoană juridică, încetează de drept. În această situație dispunerea, prin hotărârea de trecere la faliment, a ridicării dreptului de administrare constituie, în cazul debitorului persoană juridică, doar un aspect formal, în scopul sublinierii faptului că dreptul respectiv încetează să mai existe și are, însă, un caracter obiectiv în cazul debitorului persoană fizică, față de care nu intervine dizolvarea. În plus, spre deosebire de perioada de observație din procedura generală, în perioada de observație din faliment, eventualele activități derulate de debitor privesc doar lichidatorul, iar nu și administratorul statutar sau special, deoarece activitățile respective nu mai pot fi caracterizate juridic, chiar dacă din punct de vedere material pot avea același conținut, în primul rând drept o continuare a activității curente, ci drept activități necesare derulării operațiunilor lichidării.

Prin urmare, în cazul trecerii la faliment interpretarea dispozițiilor legale privind ridicarea dreptului de administrare este clară, falimentul atrăgând desesizarea debitorului în ceea ce privește conducerea activității, administrarea bunurilor și dispoziția asupra acestora, în raport cu încetarea de drept a dreptului de administrare.

Problemele de reglementare în legătură cu desesizarea debitorului au apărut odată cu extinderea procedurii insolvenței în sensul instituirii posibilității de reorganizare judiciară anterior trecerii la faliment, ca o excepție de la regula falimentului. În raport cu ceea ce presupune reorganizarea judiciară, adică desfășurarea de către debitor a unei activități, în baza bunurilor deținute, desesizarea debitorului ca urmare a deschiderii procedurii generale, referitor la toate cele trei atribute ale dreptului de administrare nu mai poate fi la fel de radicală ca în cazul deschiderii în mod direct a procedurii falimentului. Din moment ce se urmărește realizarea reorganizării judiciare a activității debitorului, ar fi nepractic

și contrar principiului maximizării averii debitorului, ca în perioada de observație să înceteze total activitatea debitorului pentru ca apoi să fie reluată în cadrul reorganizării judiciare. S-a dat astfel curs cerinței continuării activității curente în perioada de observație, în limita menținerii contractelor debitorului, fără ca această activitate să echivaleze în mod obligatoriu cu activitatea obișnuită derulată de debitor anterior deschiderii procedurii. Atât reorganizarea judiciară propriu-zisă cât și continuarea activității curente reclamă, însă, în mod evident, exercitarea unora sau altora dintre atributele dreptului de administrare, într-o măsură mai mare sau mai mică. În același timp, deschiderea procedurii nu poate fi lipsită de efecte specifice, aferente în general realizării intereselor creditorilor, în condițiile în care plata creanțelor acestora constituie scopul procedurii insolvenței. În raport cu starea de insolvență a debitorului, creditorii nu mai au încredere în conducerea activității debitorului de către administratorii statutari și nici nu mai pot să riște ca același management să exercite dreptul de administrare și dispoziție asupra bunurilor debitorului, impunându-se ca această situație să capete și valențe juridice.

În raport cu acest context legiuitorul român a procedat la reglementarea legală a dreptului de administrare.

Dispozițiile principale, sub acest aspect, din Legea nr. 85/2006 sunt cele prevăzute de art. 47 alin. (1)-(5), referitoare la ridicarea dreptului de administrare în funcție de etapele procedurii, precum și cele prevăzute de art. 3 alin. (26) și alin. (30), art. 18, art. 49, art. 103 alin. (2), art. 107 referitoare la stabilirea persoanelor cărora le revin atribuții în legătură cu dreptul de administrare.

Din formularea art. 47 alin. (1) teza I rezultă că în raport cu deschiderea procedurii generale, aceasta are ca efect ridicarea dreptului de administrare (regula), efect care, potrivit tezei II, nu intervine dacă debitorul și-a declarat intenția de reorganizare în condițiile art. 28 alin. (1) lit. h) sau, după caz, art. 33 alin. (6) (excepția).

Deschiderea procedurii insolvenței constituie un eveniment major pentru debitor, însemnând încetarea activității obișnuite și intrarea debitorului sub imperiul unei proceduri judiciare, implicând o situație nouă și o reglementare a activității sale specială și distinctă de aceea care îi era aplicabilă anterior.

Potrivit dispozițiilor art. 47 alin. (3), ridicarea dreptului se poate dispune, în condițiile deschiderii procedurii generale, nu numai în tot, ci și în parte și chiar dacă aparent formularea acestor dispoziții leagă desemnarea unui administrator judiciar doar de ridicarea dreptului de administrare, în realitate desemnarea unui practician în insolvență este obligatorie în cazul deschiderii oricărei proceduri, chiar neînsoțită de ridicarea dreptului, deoarece în cadrul acesteia practicianul are de îndeplinit și atribuții de altă natură decât cele privind dreptul respectiv.

Potrivit art. 47 alin. (5) din lege, în măsura în care dreptul nu a fost ridicat în contextul deschiderii procedurii, se poate cere în continuarea perioadei de observație sau a perioadei de reorganizare propriu-zisă, de către creditori, comitetul acestora sau administratorul judiciar, ridicarea dreptului de administrare, invocându-se drept justificare pierderile continue din averea debitorului sau lipsa probabilității de realizare a unui plan rațional de activitate. Este vorba de o posibilitate de ridicare a dreptului de administrare distinctă de aceea prevăzută pentru momentul deschiderii procedurii, inclusiv în ceea ce privește motivele. Dispozițiile art. 47 alin. (6) reglementează pentru această ipoteză modalitatea în care se dispune în concret ridicarea dreptului de administrare și nu implică ridicarea și în parte ci doar în tot a dreptului, în raport cu natura motivelor prevăzute pentru admisibilitatea cererii care, în măsura în care sunt probate nu pot justifica decât ridicarea în tot a dreptului, pentru că altfel nu ar avea sens. Practic, ridicarea dreptului în condițiile art. 47 alin. (5), (6) din lege presupune în concret și trecerea la faliment.

În cazul ridicării dreptului la cerere, în temeiul art. 47 alin. (5),(6) din Legea nr. 85/2006, aceasta se dispune ca urmare a faptului că debitorul nu își mai exercită dreptul de administrare în mod benefic pentru averea și activitatea sa, intrând într-o perioadă în care pierderile devin constante și nu se mai poate vorbi de un plan rațional de activitate, inclusiv de un plan de reorganizare.

Potrivit art. 47 alin. (4) încetarea de drept a dreptului de administrare intervine doar în raport cu trecerea la faliment, sub acest aspect, potrivit dispozițiilor art. 107 alin. (2) lit. a) din lege, judecătorul sindic trebuind să dispună ridicarea dreptului de administrare.

14.2. Aspecte terminologice

Sub aspect terminologic ridicarea dreptului de administrare, cu cele trei atribute ale acestuia, a înlocuit un termen mai vechi, acela privind „desesizarea" debitorului, utilizat anterior cu același înțeles mai mult în contextul falimentului.

Terminologia folosită de către legiuitor în cuprinsul textelor de lege referitor la dreptul de administrare nu este una dintre cele mai lămuritoare. Astfel, dispozițiile legii, în primul rând art. 47 alin. (1), prevăd că se „ridică debitorului" dreptul de administrare (în tot sau în parte, la cerere, de drept), deși cel puțin până la momentul trecerii la faliment, când intervine dizolvarea debitorului (și, în fapt, chiar în cursul acestei proceduri, pentru operațiunile necesare lichidării), acest drept trebuie exercitat în continuare în ceea ce privește debitorul, pentru că în lipsa lui nu s-ar putea realiza multe dintre actele specifice procedurii. Prin urmare, în contextul procedurii, „ridicarea" dreptului trebuie înțeleasă nu în sensul că se referă la lipsirea debitorului de prerogativele acestuia, ci în sensul transferării exercitării dreptului de la administratorii statutari, în limita în care prerogativele dreptului rămân necesare derulării procedurii, către administratorul special și, îndeosebi, către practicianul în insolvență.

În cuprinsul Legii nr. 64/1995 se făcea referire mai mult la conducerea decât la administrarea debitorului. Preluarea dispozițiilor legii vechi în Legea nr. 85/2006 nu a avut în vedere în cazul tuturor dispozițiilor corelarea sub acest aspect a termenilor utilizați, în cuprinsul legii noi făcându-se vorbire atât despre conducere cât și despre administrare. De cele mai multe ori cei doi termeni se confundă sau, cel puțin, este avută în vedere conducerea doar ca atribut al administrării.

Mult mai neclare sunt, însă, formulările dispozițiilor din lege referitoare la persoanele cărora le revine exercitarea dreptului în derularea procedurii.

14.3. Aspecte teoretice

Desesizarea în favoarea practicianului în insolvență intervine pentru a înlătura orice influență dăunătoare intereselor creditorilor din partea debitorului.

Practicianul reprezintă interesele generale ale procedurii, nefiind un reprezentant al debitorului sau al creditorilor.

De la data deschiderii procedurii dreptul de administrare se ridică debitorului de regulă, ceea ce înseamnă că reprezentarea debitorului, în ceea ce privește activul și pasivul, trece asupra practicianului.

Greșit se compară desesizarea debitorului cu o incapacitate de exercițiu (caz în care drepturile incapabilului sunt exercitate prin tutore sau curator, iar actele lui de dispoziție sunt semnate de reprezentantul său legal). Debitorul nu devine în urma deschiderii procedurii un incapabil, nici măcar în cazul persoanei fizice, ci își conservă dreptul de a sta în justiție (prin intermediul practicianului în insolvență, administratorului special sau chiar cel statutar, după caz), în primul rând în ceea ce privește derularea procedurii insolvenței al cărei obiect este, iar în afara procedurii, în toate acțiunile în care este fie reclamant, fie pârât. Capacitatea judiciară a debitorului rămâne în continuare, dar în limitele impuse de procedură.

În raport cu prevederile art. 46 din lege, după deschiderea procedurii actele debitorului sunt inopozabile masei credale, căreia nu i se poate aduce nici o vătămare, chiar dacă aceste acte sunt valabile în sine (debitorul și cocontractantul său neputând cere, însă, anularea actelor respective).

Dacă se ridică doar parțial debitorului dreptul de administrare (în sensul că o parte dintre atribute rămân în exercitarea administratorului statutar/special și doar o altă parte dintre atribute trec la administratorul judiciar), hotărârea judecătorului sindic trebuie să precizeze expres atributele care au trecut la administratorul judiciar, pentru a se putea preveni/soluționa eventualele conflicte dintre cele două categorii de administratori.

Ridicarea dreptului de administrare privește totodată bunurile debitorului, actele juridice și acțiunile în justiție ale acestuia (inclusiv procedura insolvenței în sine):

1. *Bunurile debitorului.* Acestea rămân, în raport cu deschiderea procedurii sau cu ridicarea dreptului de administrare, în proprietatea debitorului. Ridicarea dreptului privește atât bunurile corporale (mobile, imobile) cât și cele incorporale (acțiuni etc.), atât bunurile anterioare deschiderii procedurii cât și cele dobândite de debitor ulterior acesteia,

[potrivit art. 47 alin. (2)], cu excepţiile prevăzute prin lege (bunurile care nu pot fi supuse executării silite etc.).

2. *Actele juridice.* Terţul care a contractat cu debitorul deşi acestuia i s-a ridicat dreptul de administrare nu va avea ordinea de preferinţă a creanţelor născute în timpul procedurii şi nu va putea intra în concurs nici cu creditorii anteriori. Între debitor şi cocontractantul său actul juridic rămâne valabil, dar cocontractantul nu îşi va putea valorifica creanţa decât ulterior închiderii procedurii, din bunurile care mai rămân eventual.

Dacă este vorba de acte de conservare, cum ar fi introducerea unei acţiuni pentru evitarea prescripţiei extinctive, a decăderii, declararea unei căi de atac, debitorul poate să le îndeplinească personal, cu condiţia ca practicianul să îi ratifice actul respectiv.

3. *Acţiunile în justiţie.* Din moment ce pierde administrarea şi dispoziţia asupra bunurilor sale, debitorul nu mai poate sta în justiţie referitor la ele, ca reclamant sau pârât, prin administratorul statutar sau special şi se impune preluarea acţiunilor respective de către practicianul în insolvenţă, ca reprezentant al debitorului, în scopul conservării bunurilor şi înlăturării oricărei influenţări din partea debitorului;

În doctrină s-au definit atributele avute în vedere de legiuitor în conţinutul dreptului de administrare, astfel :

Dreptul de conducere a activităţii priveşte iniţierea, conceperea şi executarea operaţiunilor comerciale, în legătură sau nu cu bunurile debitorului, inclusiv aspectul reprezentări acestuia, îndeosebi în justiţie.

Dreptul debitorului de a administra şi dispune de bunurilor sale constă în conservarea patrimoniului şi valorificarea elementelor acestuia.

Dreptul de a-şi conduce activitatea implică, în mod obişnuit pentru societatea comercială, funcţionarea organelor proprii de conducere, inclusiv o reprezentare proprie.

Prin dispoziţiile art. 3 pct. 30 s-a avut în vedere ca organ de conducere a activităţii debitorului administratorul statutar, din sistemul obişnuit de organe de conducere. În ceea ce priveşte adunarea generală a acţionarilor/asociaţilor, aceasta nu este un organ de conducere executivă a activităţii debitorului, în sensul avut în vedere în legea specială. De altfel, interesele specifice ale acţionarilor/asociaţilor persistă şi se pot

manifesta pe tot parcursul procedurii, reprezentarea acestor interese făcându-se, însă, de către administratorul special.

Referitor la reprezentare, în raport cu dispozițiile legii în materie este vorba atât de reprezentarea în cadrul procedurii insolvenței (fie în instanță, fie pentru actele de procedură care se desfășoară în afara acesteia), cât și față de terții din afara procedurii.

Cum consiliul de administrație include administratorii societății, se vor avea în vedere în acest context și cazurile în care debitorul societate comercială are un singur administrator desemnat de asociați/acționari sau un singur asociat care are și calitatea de administrator - menționat sau nu la registrul comerțului.

În practică s-a apreciat că dispozițiile art. 47 constituie o discriminare gravă la adresa debitorului, care conduce la restrângerea drepturilor acestuia, mai ales a dreptului de proprietate și a posibilității debitorului de a contribui el însuși la redresarea proprie. Or, limitarea în cadrul procedurii a exercitării de către debitor a dreptului de proprietate este nu numai necesară, dar și justificată în condițiile în care anterior debitorul s-a dovedit a nu fi un bun administrator, cauzând starea de insolvență, cu consecința lezării drepturile creditorilor.

14.4. Momentul desesizării debitorului

În decursul timpului ridicarea dreptului de administrare a atras reglementări și practici diferite. În Codul comercial francez de la 1807, desesizarea se producea cu efect retroactiv, de la data încetării plăților, ceea ce era vătămător pentru terții de bună credință care intrau în relații cu falitul, astfel că ulterior reglementarea s-a modificat în sensul producerii desesizării de la data hotărârii de declarare a falimentului, reglementarea în acest sens preluându-se și în codul comercial român.

În reglementarea prevăzută de Legea nr. 85/2006, dispozițiile art. 47 alin. (1) sunt formulate expres în sensul că „deschiderea procedurii ridică dreptul...", ceea ce înseamnă că data desesizării debitorului poate fi, în această ipoteză, data hotărârii prin care judecătorului sindic deschide procedura insolvenței generală sau simplificată. În derularea procedurii generale, data ridicării dreptului de administrare mai poate fi

data hotărârii de trecere la faliment, în raport cu admitere cererii formulate în baza art. 47 alin. (5) etc.

Încheierea de către debitor a unui act juridic, de exemplu o ipotecă, în chiar ziua hotărârilor menţionate, dar mai înainte de pronunţarea acestora va fi considerată ca fiind intervenită în „perioada suspectă" sau după desesizare? Sub acest aspect, trebuie avut în vedere că deschiderea procedurii şi în general pronunţarea hotărârilor în discuţie produc efectul desesizării din ziua în care s-a pronunţat deschiderea, indiferent de oră, astfel că actul trebuie considerat a fi încheiat de debitor după intervenirea desesizării şi, în consecinţă, nu poate fi opus masei credale (creditorilor). Aceasta deoarece sub aspect probatoriu hotărârile judecătoreşti nu indică ora ci doar ziua în care au fost pronunţate şi, prin urmare, trebuie considerat că efectul desesizării se produce odată cu începerea zilei în care s-a deschis procedura, respectiv, a fost pronunţată una dintre celelalte hotărâri menţionate, indiferent de buna sau reaua credinţă a terţilor.

14.5. Natura juridică a desesizării

Desesizarea debitorului a constituit o permanenţă a reglementării falimentului şi de-a lungul timpului s-a încercat explicarea efectelor patrimoniale ale deschiderii procedurii, incluzând şi ridicarea dreptului de administrare, printr-o teorie care să fie corespunzătoare atât sub aspect teoretic cât şi practic.

Cum s-a mai arătat, chiar dacă e decăzut din unele drepturi, debitorul nu devine un incapabil în general, doar că obligaţiile pe care şi le asumă după desesizare nu pot fi valorificate împotriva lui în timpul procedurii concursuale, referitor la bunurilor vizate prin obligaţiile asumate, decât în limita respectării regulilor procedurii. Nefiind vorba de incapacitate, nu se vor avea în vedere aici teoriile potrivit cărora falitul a fost asimilat unui defunct, iar hotărârea de deschidere echivalată cu un act de deces.

1. Teoria exproprierii şi a trecerii bunurilor în proprietatea creditorilor

Apărută încă din evul mediu (abia în codul de comerţ francez s-a făcut precizarea că bunurile rămân proprietatea falitului), această teorie cuprindea ideea că bunurile debitorului trec în proprietatea creditorilor, care le administrează şi lichidează prin reprezentantul lor, sindicul. În mod evident, teoria nu corespunde reglementărilor actuale, potrivit cărora bunurile debitorului rămân, la deschiderea procedurii, în patrimoniul acestuia, iar practicianul în insolvenţă chiar remite debitorului bunurile întoarse la masa activă. De asemenea, transferul de proprietate ar implica taxe care ar scade averea debitorului, iar eventuala pierdere a bunurilor s-ar face pe riscul creditorilor (*res perit domino*), chiar dacă tot ei ar beneficia de eventuala creştere a valorii bunurilor. În reglementarea actuală creditorii nu devin proprietari bunurilor debitorului, iar practicianul şi cu atât mai puţin judecătorul sindic nu sunt reprezentanţii creditorilor.

2. Teoria prezumţiei de fraudă

Potrivit acestei teorii, falimentul determină sechestrarea bunurilor debitorului, deoarece din momentul deschiderii procedurii orice acte ale debitorului sunt socotite a fi făcute în frauda creditorilor. Spre deosebire de cazul actelor încheiate de debitor anterior deschiderii procedurii, pentru actele încheiate ulterior măsura anulării este facilitată, nemaifiind nevoie să se dovedească frauda, care este prezumată *iuris et de iure*. Mai mult, din momentul deschiderii procedurii, creditorul anterior devine, din având-cauză, un terţ faţă de un act care, deşi încheiat înainte de deschiderea procedurii, încă nu a devenit opozabil terţilor, pentru că nu a fost transcris, înregistrat, notificat etc., iar formalităţile în sensul asigurării opozabilităţii lui nu mai pot fi îndeplinite după deschidere procedurii. Chiar dacă este adecvată realităţii, această teorie nu poate explica unele efecte ale deschiderii procedurii, cum ar fi inopozabilitatea faţă de creditorii concursuali a obligaţiilor născute din delicte, iar în ceea ce priveşte Legea nr. 85/2006, dispoziţiile art. 50, referitoare la formalităţile pentru opozabilitatea faţă de terţi, au fost abrogate.

3. Teoria dreptului de gaj

Jurisprudenţa romană justifica trimiterea în posesie (*missio in possessionem*), considerând-o asemănătoare unui drept de gaj în favoarea creditorilor, idee care a ajuns să fie preluată apoi în dreptul modern. Teoria conţine ideea că prin deschiderea procedurii creditorii dobândesc un drept real similar dreptului de gaj asupra bunurilor debitorului, astfel că orice act făcut de acesta ulterior nu îi poate vătăma. Or, în prezent, creditorii nu mai pot fi asemănaţi unor persoane trimise în posesie, iar practicianul în insolvenţă nu îi reprezintă în administrarea bunurilor. Mai mult, doar dreptul real al creditorilor nu poate justifica de ce actele făcute de debitor după deschiderea procedurii ar rămâne valabile faţă de acesta.

4. Teoria personificării falimentului

Teoria recunoaşte drept subiect de drept falimentul în sine, reprezentat prin judecătorul sindic, creat în interesul atât al creditorilor cât şi al debitorului, în vederea concilierii a două interese distincte, astfel că practicianul ar reprezenta atât creditorii cât şi debitorul. Or, în realitate, în multe cazuri fiecare dintre creditori are un interes propriu distinct şi opus de al celorlalţi. De asemenea, nu există o dispoziţie expresă în sensul că debitorul ar pierde în favoarea noului subiect de drept proprietatea bunurilor sale sau că masa activă ar fi investită cu personalitate juridică.

5. Teoria patrimoniului de afectaţiune şi a sindicatului ca funcţiune publică

Potrivit acestei teorii, prin hotărârea de deschidere a procedurii bunurile debitorului sunt supuse utilizării sau valorificării cu o afectaţiune specială, un anume scop, formând o universalitate juridică. Asupra acestor bunuri debitorul nu mai poate exercita vreo înrâurire, în sensul de a dispune de ele în mod direct, prin înstrăinări, grevări cu sarcini sau indirect, prin obligaţii pe care şi le asumă după deschidere.

Bunurile rămân în proprietatea debitorului dar ele sunt supuse scopului procedurii, conform prescripţiilor reglementării acesteia.

Pe de altă parte, trebuie avut în vedere că există două modalităţi de lichidare a bunurilor debitorului: una lăsată în sarcina creditorilor, printr-un reprezentant al lor şi alta realizată de un reprezentant al autorităţii publice. Principiul funcţiunii publice a judecătorului sindic/practicianului în insolvenţă implicat în lichidarea bunurilor a fost şi este recunoscut. Judecătorul sindic/practicianul în insolvenţă nu îndeplinesc un mandat de drept privat ci o funcţie publică, actele lor trebuind să fie acceptate atât de debitor cât şi de creditor (chiar eventualele contestaţii, căi de atac fac parte din acest raţionament). În final, bunul mers al procedurii se bazează pe dreptatea împărţită de instanţă, aflată deasupra creditorilor şi debitorului.

În raport cu această teorie, potrivit reglementării actuale sindicul a devenit o funcţie publică; judecătorul sindic este un magistrat de profesie, iar atribuţiile iniţiale ale acestuia sunt îndeplinite de practicianul în insolvenţă, ceea ce nu schimbă, în esenţă, datele problemei. Începând cu reglementarea codului comercial şi până în prezent, în doctrină şi jurisprudenţă au fost reţinute cu precădere nulitatea relativă a actelor debitorului şi inopozabilitatea acestora faţă de masa credală. În schimb, nu se poate considera că în reglementarea internă ar fi fost înlăturată masa credală şi că, în consecinţă, ar fi dispărut şi inopozabilitatea faţă de aceasta, ca în legea franceză, şi nu se poate reţine nici un pretins sechestru legal asupra bunurilor debitorului pentru justificarea imobilizării acestor bunuri în mâinile practicianului în insolvenţă.

14.6. Ridicarea dreptului de administrare în derularea procedurii

Evoluţia dreptului de administrare poate fi urmărită începând cu momentul deschiderii procedurii, pornind fie de la ipoteza în care la acest moment nu se dispune ridicarea dreptului respectiv (A), fie de la ipoteza în care se dispune ridicarea acestui drept (B), până la închiderea procedurii.

Prezintă, de asemenea, relevanţă în cadrul acestei evoluţii şi alte două aspecte, cel referitor la persoana căreia îi va reveni exercitarea

atributelor dreptului de administrare și cel privind conținutul dreptului respectiv în derularea diferitelor perioade din procedură. Sub acest din urmă aspect, obiectul exercitării atributelor dreptului și, în consecință, chiar atributele respective suferă modificări de la o perioadă la alta a procedurii. Astfel, după cum se va arăta mai departe, în perioada de judecare a cererii introductive activitatea debitorului este încă circumscrisă celei normale și, deci exercitarea dreptului de administrare poate privi toate operațiunile, activitățile aferente unei astfel de activități. După deschiderea procedurii, în perioada de observație conținutul activității debitorului supusă exercitării dreptului de administrare se restrânge (îndeosebi) la activitatea curentă continuată. Confirmarea unui plan delimitează conținutul dreptului de administrare potrivit clauzelor planului confirmat. Trecerea la faliment, însoțită de dizolvarea debitorului, restrânge conducerea activității debitorului la actele necesare lichidării.

Este deosebit de important ca în fiecare cauză să se asigure derularea procedurii referitor la aceste aspecte, în baza unei corecte și stricte aplicări a dispozițiilor legii, respectându-se tiparul stabilit prin aceasta, pentru a se preveni ca, așa cum s-a mai întâmplat, la un moment dat procedura să ajungă la o situație atipică, alături de lege, pentru care legea nu mai prevede soluții, iar depășirea acesteia să presupună, de asemenea, ieșirea din contextul legii.

A) Evoluția în cazul în care la deschiderea procedurii generale nu se dispune ridicarea dreptului de administrare.

Până la momentul deschiderii procedurii dreptul de administrare aparținând debitorului este exercitat de către consiliul de administrație al acestuia, adică de administratorii statutari desemnați potrivit actelor constitutive.

*

Începând cu momentul deschiderii procedurii, în raport cu dispozițiile Legii nr. 85/2006 în forma anterioară modificării (îndeosebi a art. 3 pct. 26 și 30) intervenită prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/ 2008, se puteau face următoarele aprecieri.

Dacă prin hotărârea de deschidere a procedurii generale nu s-a ridicat dreptul de administrare (sau s-a ridicat doar parțial - caz în care

în context rămâne obiect al analizei în continuare atribuţiile neridicate), acesta este exercitat în fapt în perioada imediat următoare de către administratorii statutari. În acest stadiu al procedurii, însă, este desemnat provizoriu administratorul judiciar şi, de asemenea, se desemnează sau ar trebui să se desemneze în mod obligatoriu şi administratorul special. În raport cu cele trei categorii de administratori se pune problema stabilirii administratorului titular al exercitării atribuţiilor dreptului respectiv. De asemenea, în raport cu efectele juridice esenţiale ale hotărârii de deschidere, intervine o modificare a obiectului exercitării dreptului de administrare.

Modificarea intervenită în legătură cu dreptul de administrare intervine în sensul reducerii obiectului de exercitare a acestuia, indiferent de către cine se exercită. Astfel, în raport cu efectele hotărârii de deschidere a procedurii, în numele şi pe seama debitorului mai pot fi exercitate doar actele de administrare corespunzătoare procedurii, în vederea îndeplinirii scopului acesteia. De exemplu, ca urmare a desesizării debitorului, acesta nu mai are libertatea de a înstrăina orice bun din patrimoniul său, ca în perioada în care desfăşura o activitate obişnuită, ci doar potrivit prescripţiilor reglementării procedurii, de exemplu, regula inopozabilităţii actului de înstrăinare faţă de creditori. În linii mari, exercitarea dreptului de administrare mai poate viza doar continuarea activităţii curente şi procedura de reorganizare în baza unui plan confirmat.

Desemnarea administratorul special este prevăzută în lege ca regulă, dar deoarece în unele situaţii aceasta nici nu poate efectiv să intervină, în raport cu unele împrejurări de fapt etc., în practică s-a apreciat că administratorul special trebuie să fie desemnat ori de câte ori este efectiv posibil. În cazul nedesemnării legea nu este explicită şi, în orice caz, nu prevede expres o sancţiune (ridicarea dreptului de administrare, înlocuirea tacită cu administratorul statutar etc.). În condiţiile în care este permisă legal desemnarea drept-administrator special a administratorului statutar, în practica judiciară, în cazul nedesemnării administratorului special, de cele mai multe ori procedura a continuat în privinţa debitorului cu administratorul statutar.

În ceea ce priveşte administratorul judiciar, acesta a fost avut în vedere în mod constant de către legiuitor pentru preluarea exercitării dreptului de administrare (conducere) în cadrul procedurii, în cazul

ridicării acestui drept, acest aspect fiind propriu și reglementărilor străine în materia insolvenței mai evoluate. Mai mult, potrivit prevederilor art. 11 alin. (2) din lege, practicianului în insolvență îi aparțin atribuțiile manageriale în procedură, dacă nu revin debitorului, sub controlul jurisdicțional din partea judecătorului sindic și sub aspectul oportunității din partea creditorilor. Oricum, chiar dacă nu se ridică dreptul debitorului, dincolo de supravegherea debitorului, administratorul judiciar exercită unele atribuții specifice acestuia, cum ar fi menținerea /denunțarea unor acte ale debitorului, promovarea acțiunilor în anularea unor acte ale debitorului etc. În raport cu acestea, apare ca pregnant faptul că instituția practicianului în insolvență este aceea care, în fapt și în drept, are vocație să preia exercitarea atributelor dreptului de administrare.

În reglementarea internă a procedurii insolvenței problemele de interpretare sub aspectul în discuție au apărut în special în raport cu dispozițiile privitoare la atribuțiile administratorului special.

În raport cu prevederile art. 18 din lege, administratorului special nu i-ar putea reveni, în perioada de observație, exercitarea conducerii activității, a administrării și dispoziției asupra bunurilor debitorului, pentru că atribuțiile care îi sunt conferite expres conform art. 18 alin. (1) sunt în alt sens, acela de a reprezenta interesele debitorului și asociaților lui și de a participa la procedură pe seama debitorului. Cel mult s-ar putea reține că administratorul special exercită doar reprezentarea debitorului, ca element al conducerii activității debitorului, dar numai în cadrul procedurii.

Dar, potrivit dispozițiilor exprese ale art. 3 alin. (26), administratorul special este desemnat și pentru a efectua în numele și pe seama debitorului, actele de administrare necesare în perioadele de procedură când debitorului i se permite să-și administreze activitatea.

În raport, în principal cu cele două categorii de dispoziții, în doctrină s-au exprimat opinii divergente cu privire la măsura în care administratorului special îi revine sau nu o atribuție de administrare în cazul continuării activității curente, dacă nu s-a ridicat debitorului dreptul de administrare.

Într-o primă opinie s-a considerat că administratorul special este persoana împuternicită să exercite drepturile și să execute obligațiile debitorului. La deschiderea procedurii, dacă debitorul păstrează administra-

rea averii (nu s-a ridicat dreptul de administrare, și-a declarat intenția de reorganizare), administratorul statutar își pierde funcția în favoarea administratorului special, în raport cu dispozițiile art. 3 pct. 26, acesta devenind reprezentantul debitorului și administratorul averii acestuia de drept, de la data numirii sale.

Dacă ulterior deschiderii procedurii se ridică dreptul în baza art. 47 alin. (5), se va suspenda și mandatul administratorul special, în raport cu art. 3 pct. 30 (potrivit căruia, ridicarea dreptului de administrare atrage suspendarea mandatului administratorului special sau al consiliului de administrație al debitorului, iar în cazul ridicării dreptului de administrare al debitorului, conducerea acestuia este preluată de administratorul judiciar sau de lichidator, după caz). Desesizarea debitorului este de fapt o fază prealabilă falimentului.

Potrivit aceleiași opinii, dacă nu s-a numit administratorul special, își vor continua mandatul administratorii statutari. Nu se știe, totuși, exact ce se întâmplă cu mandatul administratorilor statutari dacă nu se ridică dreptul de administrare, dar se considera justificată înlocuirea acestora cu un administrator de criză (special). Se mai aprecia, de asemenea, că reglementarea legală existentă privind aspectele în discuție este, totuși, incoerentă.

Printr-o a doua opinie s-a susținut că din interpretarea dispozițiilor Legii nr. 85/2006 nu rezultă în mod cert exercitarea unei atribuții de administrare din partea administratorului special decât în cazul reorganizării judiciare iar nu și în ceea ce privește continuarea activității curente. În acest sens s-a susținut că prioritare în delimitarea mandatului administratorului special sunt dispozițiile art. 18 iar nu ale art. 3 alin. (26) din lege. Reglementarea instituției administratorului special a avut în vedere înlăturarea imixtiunilor în procedură din partea asociaților/acționarilor, iar nu și vocația acestui administrator la exercitarea în general a atributelor dreptului de administrare.

Desigur, justificarea pentru administratorul special ar putea să fie intervenția acestuia ca administrator de criză, în condițiile în care cei statutari nu mai prezintă încredere. Ideea administratorului de criză este specifică unor reglementări naționale mai avansate, în raport cu care există și practicieni specializați, dar în reglementarea internă nu transpare din vreun text de lege. De asemenea, în alte reglementări naționale se

prevede preluarea administrării bunurilor, a controlului asupra debitorului de către o anume persoană (trustee, judecătorul sindic) specializată, experimentată, în raport cu care în legea internă instituţia similară este, însă, practicianul în insolvenţă. Administratorul special ar veni să se suprapună acestuia, în ceea ce priveşte atribuţiile, ceea ce, oricât ar avea legiuitorul român înclinaţia de a complica inutil lucrurile care altfel ar funcţiona mai simplu, nu e recomandabil într-o lege care priveşte şi aşa un domeniu complex. Dacă debitorului nu i se ridică dreptul de administrare, atunci nu este nevoie de altcineva decât administratorii statutari să îl exercite.

Potrivit opiniei în discuţie, dispoziţiile art. 3 pct. 26 au caracter general, definind indirect administratorul special ca având atribuţii de administrare şi în cazul continuării activităţii curente, în cazul neridicării dreptului de administrare, dar în cuprinsul propriu-zis al legii această definire rămâne fără conţinut în raport cu dispoziţiile art. 18, care prevăd doar atribuţii de reprezentare.

Dispoziţiile art. 3 pct. 26 şi art. 18 din lege sunt contradictorii sub aspectul conţinutului atribuţiilor prevăzute pentru administratorul special. Această diferenţiere indică faptul că în promovarea reglementării noi, legiuitorul a pornit cu o anumită idee despre administratorul special şi a terminat cu o alta.

În practica judiciară prima opinie a fost aceea promovată cu succes, fiind corespunzătoare atât interesului practicienilor în exercitarea unor atribuţii simple, cât şi interesului instanţelor pentru o practică unitară şi, de asemenea, interesului asociaţilor/acţionarilor care pot exercita în continuare, prin reprezentantul lor, dreptul de administrare. Între atâtea interese, cel al creditorilor a devenit mai puţin vizibil.

În această interpretare, dispoziţiile art. 3 alin. (26) sunt avute în vedere în mod prioritar, nefiind considerate în contradicţie cu prevederile art. 18, ci în completarea acestor prevederi.

Perioadele din procedura generală în cursul cărora debitorului i se permite să îşi administreze activitatea sunt perioada de observaţie şi perioada de reorganizare în baza unui plan confirmat, implicând conducerea administratorului special, dacă nu s-a ridicat dreptul şi debitorul şi-a declarat intenţia de reorganizare.

Într-o lucrare anterioară, „Procedura insolvenţei – Partea generală" am înclinat spre susţinerea acestei a doua opinie, având în vedere că instituţia administratorului special a fost instituită în lege pentru a se înlătura posibilitatea prea mare pe care acţionarii/asociaţii o aveau, în reglementarea Legii nr. 64/1995, de a se implica în sens negativ în derularea procedurii şi, totodată, drept compensare pentru această înlăturare, în sensul că, totuşi, interesele asociaţilor/acţionarilor trebuie să fie reprezentate. Exercitarea de către administratorul special a conducerii activităţii şi administrării averii debitorului este prevăzut expres doar pentru perioada reorganizării propriu-zise, în raport cu dispoziţiile art. 3 pct. 30, art. 18, art. 103 din lege. O atribuţie de administrare a administratorului special în perioada de observaţie nu s-ar putea reţine cu certitudine, în raport cu dispoziţiile existente, deşi trebuie avută în vedere implicarea administratorului special în continuarea activităţii curente.

Oricât ar fi culpabilizaţi administratorii statutari pentru că au adus debitorul în starea de insolvenţă, dreptul lor de a exercita atributele dreptului de administrare nu poate fi înlăturat decât printr-o dispoziţie expresă, clară iar nu prin una de genul celei cuprinse în art. 3 pct. 26 din lege.

Desigur că legiuitorul poate atribui administratorului special atribuţiile de administrare dar aceasta trebuie să intervină ca urmare a unei reglementări exprese şi clare în sensul respectiv, de lege ferenda.

Într-o a treia opinie s-a considerat că exercitarea atributelor dreptului de administrare în procedură ar trebui să constituie, de regulă, apanajul administratorilor statutari, în măsura în care administratorul judiciar indică în raportul întocmit că nu au vreo culpă în ajungerea debitorului în insolvenţă. Argumente în acest sens ar fi lipsa unui corp autonom de manageri de criză, faptul că debitorul este cel mai interesat de reorganizarea judiciară, spre deosebire de administratorul judiciar care a dovedit înclinaţia spre lichidare, complexitatea predării gestiunii etc. Administratorul judiciar nu a fost avut în vedere de legiuitor cu vocaţia de a administra în perioada de observaţie, ci în general, de a supraveghea, acesta nedovedind nici că ar avea disponibilitatea de a prelua conducerea debitorului. Administratorul special este în conflict cu cel judiciar în privinţa atribuţiilor, interpretarea art. 3 pct. 26 în

raport cu art. 18 fiind contradictorie, iar normal ar fi fost ca administratorul special să preia dreptul de administrare când acesta este ridicat, iar nu când nu este ridicat debitorului. Oricum, în fapt, este numit administrator special, de regulă, tot cel statutar.

Aprecierile în sensul arătat mai sus au rezultat numai în raport cu dispoziţiile Legii nr.85/2006 în forma anterioară intrării în vigoare a Legii nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008. Prin această din urmă lege unele dispoziţii relevante în materia ridicării dreptului de administrare au suferit o serie de schimbări de natură să clarifice intenţia legiuitorului sub aspectul în discuţie.

Astfel, dispoziţiile art. 3 pct. 26 au fost completate în sensul că dacă adunarea asociaţilor/acţionarilor, convocată pentru desemnarea administratorului special, nu se va solda cu desemnarea acestuia, debitorului i se va ridica dreptul de administrare, dacă nu a fost ridicat, iar debitorul, respectiv asociaţii/acţionarii sunt decăzuţi din drepturile recunoscute de procedură şi care sunt exercitate prin administrator special; de asemenea, dacă un administrator special nu a fost desemnat, pentru soluţionarea acţiunilor prevăzute la art. 46 şi a celor reglementate de art. 79 şi 80 debitorul va fi reprezentat de un curator special desemnat dintre organele de conducere statutare aflate în exerciţiul funcţiunii la data deschiderii procedurii, desemnarea făcându-se de către judecătorul sindic în camera de consiliu, fără citarea părţilor; în cazul în care ulterior adunarea asociaţilor/acţionarilor alege un administrator special, acesta va lua procedura în stadiul în care se găseşte la data desemnării.

Dispoziţiile art. 3 pct. 30 au fost modificate în sensul că mandatul administratorilor statutari încetează de la ridicarea dreptului de administrare sau de la data desemnării administratorului special, iar mandatul administratorului special se limitează la reprezentarea intereselor acţionarilor/asociaţilor de la data ridicării dreptului de administrare, încetarea mandatului impunând obligaţia predării gestiunii.

În raport cu aceste dispoziţii noi voinţa legiuitorului a fost, practic, precizată în principal în sensul primei opinii menţionată anterior.

Astfel, dacă la momentul deschiderii procedurii generale nu s-a ridicat dreptul de administrare şi există contracte în derulare (art. 86 alin. (1), activitatea curentă continuată în raport cu acestea va fi administrată pentru o scurtă perioadă de timp de către administratorul statu-

tar pentru că, oricum, la acel moment nici nu are cine să exercite în fapt dreptul respectiv (administratorul special nu e încă desemnat, iar administratorul judiciar deși a fost desemnat cel puțin provizoriu, nu a preluat dreptul de administrare, deoarece nu s-a ridicat acest drept debitorului, în raport cu declararea intenției de reorganizare; în acest context, procedura ar putea evolua în continuare fie spre plan, fie spre faliment).

Desemnarea în procedură a administratorului special are, în continuare, caracter obligatoriu, iar nu facultativ.

În cazul în care nu este desemnat, în raport cu modificarea legii, nedesemnarea este sancționată nu numai în sensul că dreptul de administrare va fi exercitat de administratorul judiciar, dar și sub aspectul că debitorul și, pe de altă parte, asociații/acționarii sunt decăzuți din drepturile recunoscute de procedură și care sunt prevăzute în exercitarea administratorului special (art. 18 alin. (2), respectiv, art. 133 lit. a), de exemplu). Ridicarea, respectiv, decăderea nu intervin, așa cum ar putea rezulta la o citire superficială a textului de lege, în adunarea asociaților/acționarilor convocată de administratorul judiciar (nici adunarea nici administratorul nu au vreo abilitare legală să dispună în acest sens), ci evident, ulterior, potrivit regulilor procedurii, prevăzute îndeosebi prin art. 47 alin. (5), art. 54 și 59 din lege. Practic, nedesemnarea administratorului special constituie un argument pentru susținerea motivelor prevăzute expres pentru efectuarea demersurilor conform acestor dispoziții (care se referă la ridicarea dreptului și trecerea la faliment), un astfel de motiv fiind, de exemplu, lipsa probabilității unui plan (debitorul nu îl poate propune decât prin administratorul special, care nu a fost desemnat; desigur planul mai poate fi depus și de administratorul judiciar sau de către creditori, dar de ce ar mai face-o aceștia dacă debitorul nu va avea un administrator special desemnat pentru a conduce activitatea debitorului într-o eventuală reorganizare în baza unui plan). Oricum, atât ridicarea dreptului cât și decăderea din drepturi, cu trecerea la faliment, pot fi dispuse doar de judecătorul sindic, în contradictoriu cu debitorul reprezentat prin administratorul statutar (care va putea face recurs prin reprezentantul respectiv, astfel fiind parte în primă instanță – prin urmare greșit au considerat instanțele de recurs atunci când au apreciat că administratorul statutar nu putea reprezenta

debitorul în primă instanţă şi, deci nici în recurs; lichidatorul care a fost desemnat în aceste condiţii nu va putea reprezenta debitorul în recurs).

Prin urmare sancţionarea nedesemnării administratorului special are drept consecinţă îndreptarea procedurii spre faliment (iar nu şi spre reorganizarea pe baza unui plan), iar în faliment exercitarea a ceea ce mai rămâne din dreptul de administrare revine lichidatorului.

*

Dacă se desemnează conform art. 3 pct. 26 şi 30 administratorul special, acestuia îi revine exercitarea dreptului de administrare pe care îl preia, în ipoteza dată (cazul A) de la administratorul statutar, procedura putând evolua la acest moment către plan sau către faliment, în măsura în care sunt îndeplinite cerinţele legii. Administratorul special exercită atribuţiile din art. 18 alin. (1) (administrare) şi cele oportune la acel moment din art. 18 alin. (2) (propunerea unui plan, contestaţii).

În ceea ce priveşte perioada de observaţie, actele de administrare pe care le exercită administratorul special se referă în primul rând la activităţile prevăzute de art. 3 pct. 14 sau art. 49 alin. (1) din lege, adică la continuarea activităţii curente.

Totodată, în paralel, chiar dacă debitorului nu i s-a ridicat dreptul de administrare, în sarcina administratorului judiciar revin, potrivit legii, exercitarea mai multor atribuţii care ţin de obiectul dreptului de administrare. Astfel, dincolo de atribuţia generală de supraveghere a activităţii debitorului, administratorul judiciar va reprezenta debitorul în procesele în care acesta este parte, va denunţa unele acte ale debitorului etc.

În continuarea procedurii, în cazul ridicării dreptului de administrare la cererea formulată potrivit art. 47 alin. (5), 54, 59 din lege până la confirmarea unui plan, exercitarea atributelor acestuia va reveni lichidatorului, pentru că relativ la motivele pentru care se poate formula cererea, admiterea acesteia trebuie să se facă în sensul trecerii la faliment.

Dar, dacă nu s-a făcut aplicarea dispoziţiilor art. 47 alin. (5) din lege şi dacă se confirmă un plan, iar debitorul intră în perioada de reorganizare, conform dispoziţiilor exprese din art. 103 alin. (2) exercitarea dreptului de administrare va reveni administratorului special, fiind preluat de la una dintre categoriile de administratori care îl exercitau anterior. Legea face vorbire despre dreptul de conducere a activităţii, dar de fapt este vorba de dreptul de administrare, cu menţiunea că

atribuţiile privind administrarea bunurilor şi dispoziţia asupra lor sunt determinate de conţinutul planului confirmat.

Dacă reorganizarea judiciară se finalizează cu o reuşită, procedura se închide, debitorul este reintegrat în activitatea obişnuită, iar dreptul de administrare revine din nou administratorilor statutari (de aceea este cazul ca mandatul acestora să fie doar suspendat în procedură). Dacă reorganizarea judiciară nu reuşeşte se va trece la faliment, iar dreptul de administrare încetează de drept (ridicarea dreptului priveşte doar debitorul persoană fizică), conducerea activităţii fiind preluată de către lichidator.

În general, desemnarea administratorului special, cu preluarea exercitării de către acesta a dreptului de administrare, cât şi nedesemnarea acestuia, implicând trecerea dreptului de administrare la practicianul în insolvenţă, înlătură administratorul statutar pentru tot restul procedurii. În cazul administratorului special, nedesemnarea acestuia, poate fi urmată, în cursul procedurii de o desemnare ulterioară, pentru care acţionarii/asociaţii trebuie să facă actele de procedură prevăzute de art. 3 pct. 26. Într-o astfel de ipoteză, legiuitorul a prevăzut, însă, expres că administratorul special va prelua procedura în stadiul în care se află (în care a ajuns), ceea ce implică şi faptul că o ridicare anterioară a dreptului de administrare rămâne valabilă, astfel că desemnarea ulterioară nu este în măsură să îi mai confere exercitarea dreptului de administrare, ci doar reprezentarea intereselor acţionarilor/asociaţilor şi ceea ce mai este oportun la acel moment din atribuţiile prevăzute de art. 18 alin. (2). Desemnarea ulterioară poate conferi administratorului special exercitarea dreptului de administrare doar dacă demersurile potrivit art. 47 alin. (5), 54 şi 59, argumentate de nedesemnarea iniţială pe art. 3 pct. 26 nu au fost încă finalizate până la această desemnare ulterioară, situaţie în care dispare chiar argumentul în sine şi dacă nedesemnarea era singurul argument pentru acele demersuri, acestea nu se mai justifică a fi continuate.

B) Evoluţia în cazul în care la deschiderea procedurii se dispune ridicarea dreptului de administrare

În cazul în care se deschide direct procedura simplificată, adică falimentul, dreptul de administrare se ridică de drept (intervine întotdeauna

şi obligatoriu), ca urmare a dizolvării şi conducerea e preluată de către lichidator de la administratorii statutari [art. 3 alin. (30)].

În cazul deschiderii procedurii generale, dacă se ridică dreptul de administrare, exercitarea acestuia va trece de la administratorul statutar la administratorul judiciar. (Ridicarea în parte implică o hotărâre de deschidere detaliată asupra împărţirii atributelor între administratorul judiciar şi, pe de altă parte, administratorul special/administratorul statutar).

Aceasta nu înseamnă, însă, că între momentul deschiderii procedurii şi până când administratorul judiciar este înştiinţat despre desemnarea lui în cauză (ca şi în cazul A), dacă potrivit art. 86 alin. (1) (modificat) sunt contracte aflate în derulare şi deci se justifică o activitate curentă continuată, administrarea acestei activităţi nu va fi realizată în fapt tot de către administratorul statutar.

Pe de altă parte, însă, desemnarea administratorului special, care trebuie să fie vizată şi în această ipoteză tot în mod obligatoriu, nu se va mai solda cu preluarea exercitării dreptului de administrare de către acesta, asupra activităţii curente continuate, pentru că dreptul de administrare a fost ridicat debitorului deja prin hotărârea de deschidere a procedurii, revenind administratorului judiciar; în aceste condiţii, dacă va fi desemnat administratorul special, acesta va reprezenta doar interesele asociaţilor/acţionarilor [art. 18 alin. (1) şi va exercita în derularea procedurii atribuţiile din art. din art. 18 alin. (2)].

În raport cu art. 47 alin. (1) la data deschiderii procedurii ridicarea dreptului intervine întotdeauna, cu excepţia cazului în care s-a formulat declaraţia de reorganizare de către debitor şi despre o astfel de situaţie este vorba în cazul B. Dar, simpla ridicare a dreptului la deschiderea procedurii generale pe motivul nedeclarării reorganizării nu înseamnă că în continuare procedura nu poate evolua spre plan, pentru că şi dacă debitorul este decăzut, un plan mai poate fi depus de administratorul judiciar sau de creditori.

Prin urmare, chiar dacă nu e aplicabil art. 47 alin. (5) de la acest moment procedura poate evolua fie înspre confirmarea unui plan, fie înspre trecerea la faliment în procedura generală, în raport cu prevederile art. 54 şi 59 din lege.

Dacă în continuare se confirmă un plan, exercitarea dreptului de administrare revine administratorului special, potrivit dispozițiilor exprese ale legii, în timpul reorganizării judiciare, iar în continuare acestui moment, situațiile care se pot ivi sunt cele menționate pentru acest moment și în cazul A, adică finalizarea reorganizării cu o reușită, respectiv, trecerea la faliment.

Reiterăm că la deschiderea procedurii conținutul activității debitorului se restrânge automat. Astfel, potrivit interpretării per a contrario a dispozițiilor art. 49 din lege, în perioada de observație activitățile care pot fi desfășurate de debitor sunt cele privind continuarea activității curente, cele autorizate de judecătorul sindic, inclusiv actele de conservare și actele prevăzute de procedura în sine ținând de reprezentarea intereselor debitorului; ulterior, se mai poate adăuga activitatea în baza planului confirmat.

14.7. Reprezentarea debitorului în cursul procedurii

În derularea procedurii generale, începând cu cererea introductivă și până la închiderea procedurii, debitorul persoană juridică, îndeosebi societatea comercială, se poate afla în situații diferite în ceea ce privește dreptul de administrare, personalitatea juridică etc., cu consecințe în primul rând asupra reprezentării sale, asupra drepturilor și obligațiilor procesuale care îi revin în cadrul procedurii. Sub același aspect situația debitorului trebuie analizată, de asemenea, în raport cu desfășurarea procedurii în instanță, respectiv în afara acesteia, cu natura actului efectuat, cu terțele persoane.

Tratarea subiectului privind reprezentarea debitorului în cazul deschiderii procedurii simplificate se impune a fi realizată în cadrul unei lucrări distincte, referitoare la procedura falimentului. Precizăm, de asemenea, că debitorul persoană fizică nu poate constitui obiectul procedurii generale, ci doar al falimentului în procedura simplificată.

14.7.1. Perioada judecăţii cererii introductive

În perioada cuprinsă între momentul formulării cererii introductive şi cel al sentinţei de deschidere a procedurii, prin care, de regulă, se ridică dreptul de administrare al debitorului, acesta din urmă îşi exercită dreptul menţionat la fel ca în perioada de activitate obişnuită, în mod complet, inclusiv în ceea ce priveşte reprezentarea în procedură, în alte procese sau faţă de terţi, prin conducerea executivă (administratorii statutari). În intervalul dintre cererea introductivă şi deschiderea procedurii, dreptul de administrare există neştirbit, sub aspectul celor trei atribute menţionate, inclusiv în ceea ce priveşte conducerea activităţii şi reprezentarea debitorului într-un proces, faţă de terţi etc.

Administratorul statutar, iar nu cel judiciar va reprezenta debitorul şi la judecata recursului declarat împotriva hotărârii prin care s-a deschis procedura, deoarece măsura desemnării provizorii a unui administrator judiciar, chiar dacă a intervenit prin aceeaşi hotărâre prin care s-a dispus şi deschiderea procedurii, are caracter subsecvent dispoziţiei privind deschiderea procedurii, vizată efectiv prin recurs, constituind de fapt o măsură pentru continuarea procedurii deja deschise.

14.7.2. Perioada de observaţie

Pentru perioada de observaţie, dispoziţiile Legii nr. 85/2006 în forma iniţială erau contradictorii şi incerte referitor la dreptul de administrare, conducerea activităţii şi reprezentarea debitorului, ceea ce făcea dificilă aprecierea cu privire la aceste aspecte.

Modificările aduse îndeosebi art. 3 pct. 26 şi 30 din Legea nr. 85/2006 prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008 au reuşit să lămurească intenţia legiuitorului asupra aspectelor în discuţie.

După cum s-a arătat în secţiunea anterioară, deschiderea procedurii determină anumite modificări în privinţa dreptului de administrare al debitorului, referitor la obiectul exercitării acestuia şi la persoanele abilitate în acest sens.

După deschiderea procedurii generale, începând cu perioada de observaţie şi până la închiderea procedurii, în procesele de drept

comun debitorul este reprezentat și citat prin administratorul judiciar sau, după caz, prin lichidator, indiferent de aspectul ridicării dreptului de administrare. Dispozițiile art. 87 alin. (5) C. proc. civ. nu fac și distincția menționată, dar trebuie să se dea curs principiului *specialia derogant generalibus.*

Mai mult, ridicarea dreptului de administrare atrage în perioada de observație, în raporturile implicate de continuarea activității curente, reprezentarea, sub aspect general, a debitorului prin administratorul judiciar. În cazul în care nu s-a ridicat dreptul de administrare, reprezentarea debitorului în privința raporturilor referitoare la continuarea activității curente revine administratorului statutar (în fapt, pentru o scurtă perioadă) sau administratorului special, dacă a fost desemnat.

14.7.3. Reprezentarea în perioada de reorganizare judiciară

Indiferent de situația anterioară, în cazul confirmării unui plan, potrivit art. 103 alin. (2) din lege, în cadrul reorganizării judiciare administratorul special conduce activitatea debitorului, sub supravegherea administratorului judiciar, prin urmare îl și reprezintă în cadrul procedurii, precum și în afara acesteia, bineînțeles în limita permisă de plan. Reprezentarea debitorului în procesele din instanțele de drept comun rămâne, însă, în atribuția administratorului judiciar, planul neputând să cuprindă clauze contrare referitoare la un aspect judiciar.

În cazul unei reorganizări judiciare finalizate cu succes, în condițiile reinserției debitorului în activitatea comercială normală, dreptul de administrare va fi reexercitat de administratorii statutari.

14.7.4. Reprezentarea în faliment

Trecerea la faliment (deschiderea procedurii simplificate, trecerea la faliment în urma finalizării perioadei de observație din procedura generală și în cazul în care reorganizarea încetează trecându-se la faliment) ridică de drept debitorului dreptul de administrare

Potrivit art. 47 alin. (4) și (7), coroborat cu art. 107 alin. (2) paragr. 1, dreptul de administrare al debitorului încetează de drept la data la care se dispune începerea falimentului. Prin sentința prin care se dispune

intrarea în faliment se dispune și dizolvarea societății debitoare, astfel că de la data intrării în faliment în raport cu debitorul se mai pot desfășura doar activitățile necesare derulării operațiunilor lichidării, sub conducerea, reprezentarea lichidatorului, inclusiv în ceea ce privește reprezentarea debitorului în cadrul procedurii sau în afara acesteia.

În cazul debitorului persoană fizică, acesta nu poate constitui obiectul procedurii generale ci doar al falimentului în procedura simplificată, în care nu mai poate încheia acte juridice singur, ci doar prin lichidator, care devine reprezentantul său legal.

14.7.5. Reprezentarea în contextul închiderii procedurii

Hotărârea de închidere a procedurii de reorganizare judiciară în urma aplicării reușite a unui plan confirmat se va pronunța în contradictoriu cu debitorul prin administratorul special, cu aceeași reprezentare putându-se formula și recursul de către debitor.

Hotărârea de închidere a procedurii falimentului privește debitorul prin lichidator, iar împotriva acesteia debitorul poate formula recurs doar prin lichidator (iar nu și prin administratorul special sau statutar), fără ca acesta din urmă să poată pretinde că nu mai are calitate procesuală în acest sens pe motivul că prin închiderea procedurii ar fi fost descărcat de atribuții. Hotărârea de închidere a procedurii dată în primă instanță este executorie, dar dispoziția privind descărcarea lichidatorului de atribuții nu implică aspectul executării și, oricum, vizează o perioadă ulterioară închiderii, iar nu închiderea în sine. Pot formula recurs părțile astfel cum s-au regăsit la judecata în primă instanță, soldată cu pronunțarea hotărârii recurate. Întotdeauna la intrarea în procedura falimentului, al cărei obiect este lichidarea bunurilor debitorului în vederea distribuirii valorii lor către creditori, se dispune dizolvarea debitorului persoană juridică și intervine de drept ridicarea dreptului de administrare, iar pentru derularea operațiunilor privind lichidarea este abilitat în mod legal lichidatorul, abilitare care se menține până la închiderea procedurii, în raport cu care se dispune degrevarea de atribuții. Prin urmare, inclusiv la judecata privind închiderea procedurii, debitorul este reprezentat prin lichidator, ca regulă și în aceste condiții este dată și hotărârea de închidere, astfel că și în

recursul formulat împotriva hotărârii de închidere debitorul trebuie să fie reprezentat prin lichidator.

În faliment debitorul nu poate fi reprezentat (şi citat) decât prin lichidator, iar nu şi prin administratorul special sau statutar. În ceea ce priveşte administratorul special, în conformitate cu prevederile art. 3 pct. 26 şi art. 18 din lege, chiar dacă debitorul nu e decăzut din drepturile recunoscute de procedură, în urma intervenirii de drept a ridicării dreptului de administrare, administratorul special va mai putea doar să reprezinte interesele acţionarilor/asociaţilor şi să exercite atribuţiile din art. 18 alin. (2) corespunzătoare falimentului, acestea neimplicând însă reprezentarea debitorului. Chiar dacă administratorul special primeşte, potrivit art. 129 şi art. 18 alin. (2), raportul şi bilanţul final şi participă la şedinţa având ca obiect soluţionarea obiecţiunilor, aceste acte de procedură sunt, în sine, distincte de cel privind închiderea procedurii, iar legea nu prevede posibilitatea formulării obiecţiunilor şi de către administratorul special tocmai pentru că în situaţia respectivă acesta nu reprezintă debitorul.

În ceea ce priveşte administratorul judiciar, în condiţiile prevăzute de art. 3 pct. 26, acesta este înlăturat din întreaga procedură, în urma transmiterii exercitării atributelor dreptului de administrare către administratorul special sau practicianul în insolvenţă. Prin urmare, la judecata privind închiderea procedurii nu se pune problema reprezentării debitorului prin administratorul statutar. În plus, dispunerea închiderii procedurii nu este de natură să „reactiveze" administratorul statutar, în condiţiile finalizării lichidării şi dispunerii radierii debitorului, astfel că nu este cazul nici ca în recurs debitorul să fie reprezentant prin acest administrator.

Opinia în acelaşi sens a fost exprimată şi în literatura juridică, susţinându-se că deşi hotărârea de închidere a falimentului este definitivă şi executorie, iar lichidatorul este dezinvestit, totuşi debitorul, prin lichidator, poate formula recursul împotriva hotărârii respective, deoarece procedura nu s-a încheiat irevocabil. În lipsa unei reglementări exprese este aplicabil dreptul procedural comun. Chiar dacă debitorul nu mai are personalitate juridică, sunt aplicabile dispoziţiile art. 41 alin. (2) C. proc. civ. în sensul că debitorul poate sta în justiţie şi în lipsa personalităţii juridice dacă există organe de conducere, iar lichidatorul are această calitate.

14.8. Aspecte specifice ale reprezentării debitorului în procedură

În cursul derulării procedurii administratorul special exercită, chiar dacă s-a ridicat debitorului dreptul de administrare, atribuţiile menţionate în art. 18 alin. (2), care însă, după cum s-a mai susţinut în doctrină, sunt de natură să contrazică dispoziţiile din art. 18 alin. (1) în sensul că după ridicarea dreptului de administrare mandatul acestuia se reduce la reprezentarea intereselor acţionarilor/asociaţilor. Altfel spus, din moment ce potrivit art. 18 alin. (1) în raport cu ridicarea dreptului de administrare administratorul special rămâne doar cu atribuţia de reprezentare a intereselor asociaţilor/acţionarilor, ar însemna că acesta nu mai poate să efectueze şi atribuţiile prevăzute în sarcina lui la art. 18 alin. (2).

Or, într-o interpretare atentă, dispoziţiile din art. 18 alin. (2) se suprapun peste oricare dintre ipotezele avute în vedere în alin. (1), indiferent de ridicarea sau nu a dreptului, contradicţia menţionată fiind doar aparentă şi nepermiţând ideea că într-o astfel de situaţie atribuţiile din art. 18 alin. (2) ar trebui să fie exercitate de administratorul statutar în locul administratorului special. Dispoziţiile din alin. (1) trebuie interpretate în sensul că prevăd în mod general atribuţiile administratorului special în raport cu criteriul ridicării sau nu a dreptului de administrare, în timp ce dispoziţiile din alin. (2) enumără în mod concret câteva atribuţii pe care administratorul special le exercită indiferent de ridicare sau nu a dreptului de administrare. Prevederile art. 18 au în vedere stabilirea de atribuţii expres pentru administratorul special, astfel că pentru ipoteza în care acesta nu este desemnat nu se poate pune problema unei abilitări a administratorului statutar în sensul preluării atribuţiilor prevăzute pentru administratorul special sub aspectul reprezentării debitorului pe aspectele la care se referă alin. (2) (propunerea unui plan, formularea unor contestaţii, obiecţiuni etc.) sau privind alte aspecte [cum ar fi recursul, potrivit art. 12 alin. (1)].

Într-adevăr, legea conţine expres prevederi care au în vedere pentru „debitor" (fără a preciza prin cine este reprezentat), în timpul derulării procedurii, chiar dacă a intervenit desesizarea şi atunci când s-a ridicat dreptul de administrare şi nu a fost desemnat administrator special, exercitarea unor drepturi procesuale (chiar dacă nu au rămas prea

multe, ele provin din formularea Legii nr. 64/1995, chiar mai înainte de introducerea instituţiei administratorului special, astfel că la acel moment nu puteau avea în vedere decât debitorul prin administratorul statutar). Aceste drepturi nu se pot exercită prin reprezentarea debitorului de către practicianul în insolvenţă, unele vizând chiar activităţile lui, astfel că judecata trebuie să se desfăşoare în contradictoriu cu acesta. Astfel sunt (exemplificativ) contestaţia la măsurile practicianului, propunerea unui plan, contestaţia prevăzută de art. 73, citarea potrivit art. 122 alin. (4), primirea raportului final, iar distinct şi subsecvent trebuie avută în vedere şi posibilitatea formulării recursului prevăzută la modul general în art. 12 alin. (1) din lege, referitor la hotărârile pronunţate în procedură, în ceea ce priveşte debitorul. Cine va reprezenta debitorul în aceste cazuri? În această privinţă, este de observat, mai întâi că în unele dintre cazurile exemplificate legea nici nu prevede pentru debitor dreptul de a contesta, de a formula obiecţiuni (art. 122 alin. (4), art. 129 alin. (1), nejustificând un interes direct la acel moment, scopul citării, respectiv, primirii raportului având alt sens). În cazul prevederii posibilităţii debitorului de a formula contestaţii, dispoziţiile art. 18 alin. (2) lit. c) stabilesc în atribuţia administratorului special reprezentarea debitorului pentru formularea oricăror contestaţii în procedură. Dispoziţiile art. 18 alin. (2) prevăd şi alte cazuri în care debitorul trebuie să fie reprezentat de administratorul special chiar dacă dispoziţia care reglementează acel caz are în vedere doar „debitorul". Prin urmare, în toate aceste cazuri, incluse practic în ipotezele din art. 18 alin. (2), dacă s-a desemnat administratorul special, chiar dacă s-a ridicat dreptul de administrare, debitorul va fi reprezentat de administratorul special şi, din moment ce legea prevede ca parte debitorul (fie că formulează şi o cerere fie că doar trebuie să fie prezent), acesta va putea face şi recurs. Dacă nu s-a desemnat un administrator special (deşi în această calitate ar putea fi desemnat foarte simplu tot cel statutar) şi, evident, s-a ridicat dreptul de administrare (e obligatoriu, dar nu are relevanţă asupra aspectului în discuţie), potrivit art. 3 pct. 26 astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 277/2009 pentru aprobarea O.U.G. nr. 173/2008, debitorul este decăzut din drepturile pe care i le recunoştea procedura şi pe care le exercita prin administratorul special, deci nu va mai putea (eventual prin administratorul statutar, practicianul fiind exclus prin

ipoteză) să propună un plan, să formuleze contestaţii etc. Nemaiputând fi parte sub aceste aspecte procedurale în primă instanţă, debitorul nu are nici de ce să formuleze recurs. Dacă, totuşi, debitorul formulează contestaţii etc., prin administratorul statutar, cererea va primi termen dar în mod obligatoriu trebuie să se invoce şi să se admită de către judecătorul sindic excepţia lipsei calităţii procesuale, în raport cu decăderea prevăzută de art. 3 pct. 26 menţionat (lipsa de interes sau lipsa calităţii de reprezentant constituind doar argumente în susţinerea acestei excepţii). Împotriva hotărârii debitorul poate face recurs doar pentru motive privind excepţia.

În raport cu modificarea menţionată a legii, rămân în mod evident nejustificate susţinerile anterioare din doctrină în sensul că demersurile procedurale în discuţie ar putea fi făcute de un asociat sau, până AGA va alege un reprezentant, de un reprezentant (curator) desemnat ad hoc de instanţă, conform art. 41, 42, 44 C. proc. civ., deoarece o astfel de variantă ar contrazice decăderea debitorului din drepturile recunoscute de procedură, prevăzută expres de legiuitor.

Doar în cazul acţiunilor reglementate potrivit art. 79-80 şi al celor prevăzute la art. 46 din lege, legiuitorul a avut în vedere să prevadă în mod expres, ca excepţie de la regulă (prin art. 3 pct. 26 modificat prin Legea nr. 277/2009 pentru aprobarea O.U.G. nr. 173/2008), că dacă nu a fost desemnat un administrator special, prin care să poată fi citat debitorul în calitate de pârât, se va desemna de către judecătorul sindic, pentru reprezentarea debitorului, un curator special desemnat dintre organele de conducere statutare aflate în exerciţiul funcţiunii la data deschiderii procedurii. Aceasta având în vedere că deşi astfel de acţiuni fac parte din procedura insolvenţei, au caracter distinct faţă de actele din procedura propriu-zisă.

Anterior, în doctrina juridică s-a susţinut că în cazul formulării acţiunilor întemeiate pe dispoziţiile art. 79-80, 138 din lege, creditorii ar fi reprezentaţi în mod colectiv de către practicianul în insolvenţă.

Or, în ipoteza în discuţie, practicianul nu dobândeşte calitatea de mandatar, ci are calitate procesuală activă proprie, exercitând o atribuţie ce ţine de esenţa procedurii. Dacă ar dobândi calitatea de mandatar al creditorilor ar însemna că şi aceştia din urmă pot formula individual recurs împotriva hotărârilor prin care s-au soluţionat acţiunile

respective. Or, un astfel de recurs trebuie să fie respins pentru lipsa calităţii procesuale active.

§15. Preluarea controlului asupra conturilor debitorului (art. 48)

Potrivit art. 48 din Legea nr. 85/2006:

1) Prin sentinţa sau, după caz, încheierea având drept efect ridicarea dreptului de administrare, judecătorul sindic va da dispoziţie tuturor băncilor la care debitorul are disponibil în conturi să nu dispună de acestea fără un ordin al administratorului judiciar/lichidatorului.

2) Încălcarea dispoziţiilor judecătorului sindic, menţionate la alin. (1), atrage răspunderea băncilor pentru prejudiciul creat, precum şi o amendă judiciară de la 4000 lei la 10 000 lei.

În condiţii obişnuite, până nu intervine desesizarea de bunuri, debitorul dispune de bunurile proprii prin organele sale de administrare şi, în acest context, deschide şi dispune de conturi prin reprezentanţii săi statutari sau prepuşi ai acestora. Din momentul ridicării dreptului de administrare, asupra disponibilităţilor din conturile debitorului nu se mai poate dispune de către foştii reprezentanţi legali ci de către persoanele către care s-a transmis exercitarea dreptului respectiv, în speţă administratorul judiciar sau lichidatorul, după caz, iar această situaţie trebuie adusă la cunoştinţa băncilor deţinătoare ale conturilor debitorului. Din această cauză, prin hotărârea privind ridicarea dreptului de administrare trebuie să se dispună băncilor în discuţie să nu mai dispună asupra conturilor debitorului decât potrivit ordinului practicianului în insolvenţă desemnat în cauză, care va urmări utilizarea disponibilităţilor băneşti în conformitate cu cerinţele procedurii.

Textul are deci legătură cu prevederile art. 47 şi vine în completarea dispoziţiilor art. 37, potrivit cărora hotărârea de deschidere a procedurii se comunică şi băncilor la care debitorul are deschise conturi. În acest context trebuie avut în vedere că dreptul de administrare se ridică de regulă prin chiar hotărârea de deschidere a procedurii (fie generală, fie simplificată), dar poate interveni şi printr-o hotărâre separată, ulterioară. Dispoziţiile art. 48 indică în concret indisponibilizarea conturilor, cine

preia dreptul de dispoziţie şi modalitatea în care se va exercita dispoziţia asupra acestora.

De asemenea, pentru a lămuri unele confuzii exprimate în doctrină, trebuie reţinut că dispoziţiile art. 48 sunt aplicabile, în condiţiile ridicării dreptului de administrare, atât în cazul procedurii generale cât şi în procedura simplificată, în raport atât cu administratorul judiciar cât şi cu lichidatorul, pentru că în toate ipotezele, chiar şi în cazul procedurii simplificate, intervine desesizarea debitorului cu privire la bunurile sale (în care se includ şi disponibilităţile din conturi) şi se impune preluarea dispoziţiei asupra acestora de către practicianul în insolvenţă. În contextul în discuţie deosebirea dintre procedura generală şi cea simplificată este aceea că în cazul celei din urmă dreptul de administrare se ridică obligatoriu şi doar prin hotărârea de deschidere/de trecere la această procedură, iar nu şi printr-o cerere/hotărâre ulterioară.

În raport cu art. 4 alin. (2) din lege, în procedură debitorul trebuie să deţină un cont unic, astfel că celelalte, care nu mai sunt utile, trebuie să fie închise. Pentru unele plăţi din cont este necesară şi autorizarea judecătorului sindic, iar nu doar ordinul practicianului în insolvenţă.

Dacă băncile nu se supun dispoziţiilor hotărârii judecătoreşti, la sesizarea practicianului în insolvenţă, judecătorul sindic va putea dispune amendarea băncilor cu o amendă judiciară de la 4000 lei la 10000 lei.

În aceeaşi situaţie, dacă neconformarea produce şi prejudicii debitorului, textul de lege a prevăzut şi posibilitatea atragerii răspunderii băncilor respective sub aspectul reparării prejudiciului respectiv. Sub acest aspect pentru o mai bună înţelegere şi efectuarea unor distincţii necesare, dăm un exemplu ipotetic: în fapt, în lipsa ordinului practicianului, angajatul (prepus) al băncii (comitent) decide şi efectuează operaţiuni în contul debitorului, de obicei la cererea foştilor reprezentanţi ai debitorului, în numele acestuia, în sensul transferului disponibilităţilor din cont către o terţă persoană, cu un anume titlu – plata unei pretinse creanţe etc., în conformitate cu cererea formulată în acest sens, astfel că averea debitorului este lipsită şi de disponibilităţile transferate şi de dobânzile cuvenite debitorului pentru acestea. Or, există posibilitatea ca transferul, plata în sine să constituie, în raport cu debitorul şi terţul beneficiar, o operaţiune cu privire la care dispoziţiile art. 46

alin. (1) prevăd că este nulă (în raport cu masa credală), iar în raport cu nulitatea actului suma transferată trebuie restituită de terț către debitor. Acțiunea formulată în acest sens de debitor prin practician, împotriva terțului beneficiar, se va întemeia pe dispozițiile art. 46 și va fi prioritară, dispozițiile respective având caracter special. În raport cu această acțiune, demersul pentru atragerea răspunderii prevăzută de art. 48 alin. (2) este unul distinct, strict în raport cu elementele prevăzute în textul de lege, urmărind în completare repararea prejudiciului produs ca urmare a efectuării operațiunilor bancare în lipsa ordinului practicianului.

În aceeași ipoteză, dacă nu sunt aplicabile dispozițiile art. 46, va putea fi considerat prejudiciu întreaga sumă transferată, iar nu numai dobânzile cuvenite pentru depozit sau alte prejudicii și, în consecință, va putea fi atrasă răspunderea băncii pentru toate acestea doar în baza art. 48 alin. (2)? În lipsa unei distincții în lege sub acest aspect răspunsul ar trebui să fie afirmativ, cu precizarea că soluționarea acțiunii, întemeiată pe dispozițiile art. 1000 C. civ. și formulată de debitor, prin practicianul în insolvență, împotriva băncii pârâte, este de competența instanței de drept comun. Aceasta deoarece chiar dacă prejudiciul rezultă în urma încălcării unei reguli din procedură, pentru debitor repararea acestuia este, dincolo de stabilirea răspunderii în sine, similară recuperării unei creanțe proprii pe calea unei acțiuni în pretenții, care nu se raportează la scopul procedurii prevăzut de art. 2, ci la dispozițiile art. 20 alin. (1) lit. l) din lege.

§16. Continuarea activității curente debitorului (art. 49)

Potrivit art. 49 din Legea nr. 85/2006:

1) Pe perioada de observație, debitorul va putea să continue desfășurarea activităților curente și poate efectua plăți către creditorii cunoscuți, care se încadrează în condițiile obișnuite de exercitare a activității curente, după cum urmează:

a) sub supravegherea administratorului judiciar, dacă debitorul a făcut o cerere de reorganizare, în sensul art. 28 alin. (1) lit. h), și nu i-a fost ridicat dreptul de administrare;

b) sub conducerea administratorului judiciar, dacă debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare.

2) Actele, operaţiunile şi plăţile care depăşesc condiţiile menţionate la alin. (1) vor putea fi autorizate în exercitarea atribuţiilor de supraveghere de administratorul judiciar; acesta va convoca o şedinţă a comitetului creditorilor în vederea supunerii spre aprobare a cererii administratorului special, în termen de maximum 5 zile de la data primirii acesteia.

3) În cazul propunerilor de înstrăinare a bunurilor din averea debitorului grevate de garanţii, se va ţine seama de prevederile art. 39 referitoare la acordarea unei protecţii corespunzătoare creanţei garantate.

Potrivit art. 3 pct. 14 din Legea nr. 85/2006, activităţile curente reprezintă acele fapte de comerţ şi operaţiuni financiare propuse a fi efectuate de debitor în perioada de observaţie, în cursul normal al comerţului său, cum ar fi:

a) continuarea activităţilor contractate, conform obiectului de activitate;

b) efectuarea operaţiunilor de încasări şi plăţi aferente acestora;

c) asigurarea finanţării capitalului de lucru în limite curente;

În principiu, la data deschiderii procedurii, activităţile derulate de debitor potrivit obiectului său de activitate ar trebui să înceteze, din moment ce tocmai acele activităţi l-au condus la starea de insolvenţă, în raport cu care debitorului i se ridică, de regulă, dreptul de administrare şi este desesizat de bunurile în baza cărora îşi poate derula activitatea. Aspectul încetării activităţii apare mai pregnant în cazul deschiderii procedurii simplificate. În cazul deschiderii procedurii generale, mai înainte de eventuala trecere la faliment este instituită, sub aspect procedural, posibilitatea continuării activităţii debitorului în baza unui plan de reorganizare, ceea ce implică ideea că nu s-ar mai justifica încetarea activităţii de către debitor la deschiderea procedurii pentru a fi reluată apoi în cadrul reorganizării judiciare. De altfel, încetarea dintr-o dată a activităţii obişnuite a debitorului nici nu este posibilă în fapt, de cele mai multe ori, chiar de la momentul deschiderii procedurii, dintr-o serie de motive (contracte în curs de executare, procese tehnologice în derulare etc.). În plus, încetarea activităţii la deschiderea procedurii poate aduce nu numai pierderi efective debitorului, de exemplu atunci

când oprirea imediată a unei linii de producție implică cheltuieli mai mari decât o oprire normală în termen mai îndelungat sau când încetarea producției pentru livrarea în baza unui contract determină dreptul la despăgubiri în favoarea beneficiarului, dar poate și lipsi averea debitorului de profitul generat de continuarea unei activități, sau poate chiar lipsi debitorul de șansele la reorganizare judiciară. Toate acestea în condițiile în care în urma deschiderii procedurii generale (sau, cu anumite limitări, chiar în urma trecerii la faliment odată cu deschiderea procedurii simplificate), urmează perioada de observație, cu privire la care sunt aplicabile dispozițiile art. 49 din lege.

Pentru înlăturarea eventualelor pierderi și pentru adăugarea unui surplus de valoare averii debitorului, deci pentru maximizarea acesteia, se justifică continuarea derulării unor activități de către debitor și după deschiderea procedurii în mod similar desfășurării activității obișnuite anterioare (*business as usual*).

Nu poate fi, însă, vorba de continuarea oricărei activități. Pe lângă criteriul principal, acela de a avea ca rezultat maximizarea averii debitorului (care este o decizie economică, de apanajul practicianului), din formularea textului mai rezultă și alte criterii care trebuie avute în vedere: trebuie să fie vorba de activități incluse în obiectul de activitate al debitorului (nu țin însă de această categorie alte activități, cum sunt cele administrative, de exemplu cele de conservare sau întreținere, de pază a bunurilor debitorului etc.). În principiu, trebuie să fie vorba de continuarea unei activități care era în derulare la momentul deschiderii procedurii, iar nu de începerea după deschiderea procedurii a unei activități noi, chiar dacă e menționată în obiectul de activitate, sau de reluarea unei activități încetate anterior deschiderii, acestea putând constitui eventual doar obiectul planului; totodată, trebuie să fie vorba de o activitate curentă, a cărei derulare este actuală, iar nu de o activitate care poate fi la fel de bine oprită. Activitatea trebuie să constituie obiectul unui contract, produsul rezultat trebuind să aibă asigurată desfacerea, pentru că nu s-ar justifica să se continue o activitate pe stoc.

Menținerea sau denunțarea contractelor revine în sarcina practicianului în insolvență, indiferent dacă i s-au transmis sau nu atribuțiile dreptului de administrare.

În conformitate cu prevederile art. 86 administratorul judiciar/lichidatorul poate, în vederea maximizării averii debitorului, să menţină sau să denunţe orice contract în care este parte acesta şi care la data deschiderii procedurii nu este executat în totalitate sau substanţial de către toate părţile implicate.

Dacă se întâmplă ca decizia practicianului să fi fost în sensul denunţării unui contract, iar debitorului nu i s-a ridicat dreptul de administrare, debitorul nu poate opune o decizie în sensul contrar, al continuării activităţii aferente acelui contract. Aceasta deoarece chiar dacă debitorul exercită dreptul de administrare, trebuie avut în vedere că acest drept nu mai poate fi exercitat, inclusiv sub aspectul conţinutului, ca în situaţia dinaintea deschiderii procedurii, ci trebuie subordonat cerinţelor, imperativelor acesteia (de exemplu, chiar în cazul reorganizării propriu-zise în baza planului confirmat, din dreptul de administrare debitorul exercită direct doar dreptul de conducere, sub supravegherea practicianului; administrarea şi dispoziţia asupra bunurilor se realizează tot de debitor dar în conformitate cu clauzele din plan referitor la acestea şi cu prevederile legii speciale). Or, în raport cu scopul procedurii (acoperirea pasivului), prin continuarea unor activităţi nu trebuie să fie lezat dreptul creditorilor la realizarea creanţelor în procedură şi trebuie avut în vedere că practicianul în insolvenţă este organ de aplicare a procedurii iar nu debitorul, deci acesta din urmă nu poate acţiona în contradictoriu, ci îşi subordonează propriile decizii deciziilor practicianului.

În plus, mai trebuie să existe resursele financiare necesare pentru continuarea activităţilor curente sau posibilitatea de asigurare a acestor resurse, cu respectarea cerinţelor legii speciale.

Practic, în condiţiile art. 11 alin. (2) din lege, conducerea activităţilor care se continuă de către debitor priveşte, la momentul respectiv, pe cel care exercită efectiv dreptul de administrare (sau atributele corespunzătoare din conţinutul acestuia), sub acest aspect putând fi vorba, după caz, de administratorul statutar, administratorul special sau administratorul judiciar (implicarea în acelaşi sens a lichidatorului, în contextul existenţei unor elemente ale perioadei de observaţie şi după deschiderea procedurii simplificate trebuie privită ca o situaţie de excepţie şi care nu presupune diferenţe de fond). Fiind vorba de o decizie cu con-

ţinut economic şi managerial, pentru a nu leza interesele creditorilor, aceştia, prin organele lor constituite în cadrul procedurii, o pot controla sub aspectul oportunităţii. Judecătorul sindic poate fi sesizat şi se poate pronunţa sub aspectul legalităţii.

În contextul celor menţionate, legiuitorul nu a făcut o referire expresă la administratorul statutar dar, deoarece la deschiderea procedurii contractele în derulare se consideră menţinute, nu întotdeauna se ridică dreptul de administrare, iar administratorul special poate fi desemnat numai după un timp, în fapt acest administrator trebuie avut în vedere sub aspectul conducerii activităţii curente continuate obişnuite, adică potrivit art. 49 alin. (1), pentru o scurtă perioadă tranzitorie, până la desemnarea administratorului special sau preluarea efectivă a dreptului de administrare de către administratorul judiciar. Un argument în acest sens îl constituie şi faptul că în cuprinsul dispoziţiilor art. 46 alin. (2) legiuitorul a înţeles să se refere la „debitor", ocolind astfel să facă vreo distincţie referitoare la administratorul statutar şi cel special, termenul utilizat implicând ambele categorii de administratori, după caz. În acelaşi sens pot fi reţinute şi dispoziţiile art. 3 pct. 30 din Legea nr. 85/2006 modificate prin Legea nr. 277/2009, potrivit cărora mandatul administratorilor statutari încetează, cu predarea gestiunii, de la data ridicării dreptului de administrare sau a desemnării administratorului special.

Pe de altă parte, din moment ce dispoziţiile art. 49 alin. (2) au în vedere cererea administratorului special, rezultă că actele, operaţiunile şi plăţile care depăşesc condiţiile menţionate la alin. (1) nu pot fi efectuate decât după desemnarea administratorului special, cererea în vederea autorizării neputând fi formulată şi de către administratorul statutar.

În ceea ce priveşte conţinutul activităţii obişnuite continuate [art. 49 alin. (1)], adică ce activităţi se continuă, decizia aparţine practicianului în insolvenţă, în sensul că dacă la momentul deschiderii procedurii contractele în derulare se consideră, toate, ca fiind menţinute, ulterior acesta poate să denunţe unele sau toate contractele respective, sau să nu denunţe niciunul. În cazul actelor, operaţiunilor şi plăţilor prevăzute de art. 49 alin. (2) (care nu fac parte din activitatea presupusă de continuarea executării contractelor aflate în derulare la deschiderea

procedurii, ci doar se raportează în mod necesar la aceasta) tot practicianul în insolvenţă este acela care le autorizează.

În cazul în care, la deschiderea procedurii nu există contracte în curs de derulare nu se poate vorbi nici de continuarea unei activităţi curente în înţelesul art. 49 alin. (1) şi, pe cale de consecinţă, nici în înţelesul art. 49 alin. (2), eventualele activităţi administrative, de pază sau conservare a bunurilor etc. având un alt temei.

*

Este de precizat că prin formularea din art. 49 alin. (1) în sensul că debitorul „poate efectua plăţi către creditorii cunoscuţi" nu trebuie înţeleasă şi plata creanţelor anterioare deschiderii procedurii în sensul acoperirii pasivului ca scop al procedurii, ci posibilitatea efectuării unor plăţi către creditori legate numai de continuarea activităţii curente în înţelesul rezultând din prevederile art. 3 pct. 14 lit. a) şi b) din lege, în contextul în care mulţi dintre creditorii care se înscriu la masa credală au în acelaşi timp şi calitatea de cocontractant al debitorului într-un contract a cărei executare constituie chiar obiectul activităţii curente continuate (În acest sens, trebuie avut în vedere că scopul prevăzut de art. 2 se poate realiza din averea debitorului doar prin modalităţile reglementate expres prin legea specială – planul şi procedura falimentului, continuarea activităţii curente neputându-se substitui acestor modalităţi; în mod similar şi valorificarea averii debitorului se poate face în procedură doar în scopul prevăzut de art. 2; continuarea activităţii curente nu poate să ofere un pretext pentru spolierea în mod fraudulos a averii debitorului, cu lezarea interesului creditorilor, utilizarea bunurilor debitorului în cadrul acesteia trebuind să se facă potrivit cerinţelor legii speciale referitoare la această continuare). Plăţile efectuate în legătură cu continuarea activităţii curente relativ la continuarea executării unui contract înseamnă că datoriile debitorului faţă de cocontractantul creditor, constituind creanţe curente, adică cele care urmează să fie plătite în executarea contractului la termene situate după data la care a intervenit deschiderea procedurii, născute după aceasta dată, vor fi plătite fără să se considere că această plată ar fi o derogare de la ordinea de priorităţi.

Aceasta, în contextul în care, potrivit precizărilor intervenite prin dispoziţiile art. 64 alin. (6) din Legea nr. 85/2006, astfel cum a fost

prevăzute prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008, în cazul tuturor creanţelor născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observaţie sau în procedura reorganizării judiciare, acestea vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea la masa credală, iar aceste dispoziţii se aplică în mod corespunzător şi pentru creanţele născute în procedura falimentului. Or, creanţele născute în perioada de observaţie provin îndeosebi din continuarea activităţii potrivit art. 49 şi 86 sau în contextul prevăzut de art. 38 din Legea nr. 85/2006 şi, evident, sunt ulterioare deschiderii procedurii. Este de reţinut şi că potrivit art. 86 alin. (1), astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 277/2009, contractele în derulare se consideră menţinute la data deschiderii procedurii, orice clauză contractuală de desfiinţare a contractelor în derulare pentru motivul deschiderii procedurii fiind nulă.

În consecinţă, în raport cu prevederile art. 64 alin. (1) şi (6), creanţele născute după deschiderea procedurii din continuarea activităţii curente potrivit art. 49 din lege nu vor putea constitui, în vederea plăţii, obiectul menţionării în tabelul preliminar sau definitiv al obligaţiilor debitorului şi, de altfel, nici într-un eventual plan de reorganizare. Legiuitorul a prevăzut posibilitatea includerii în plan doar în ipoteza reglementată prin art. 96 alin. (1), referitoare la posibilitatea desemnării în plan a unei categorii separate de creditori, furnizorii fără de care activitatea debitorului nu se poate desfăşura şi care nu pot fi înlocuiţi. Creanţele reprezentând valoarea furniturilor intervenite după deschiderea procedurii reprezintă, practic, cheltuieli de administrare a procedurii şi, prin urmare, includerea creditorilor respectivi în plan nu are caracter obligatoriu, ci facultativ. Includerea în planul de reorganizare se referă la menţionarea acestor creanţe în tabelul de creanţe cuprins în plan, tabel care, potrivit art. 3 pct. 22 din lege, se raportează la tabelul definitiv de creanţe, la care se ajunge în urma derulării procedurii de verificare, pornindu-se de la declaraţiile de creanţă, iar acestea din urmă se pot formula, potrivit art. 64 alin. (1), doar pentru creanţe anterioare deschiderii procedurii.

Pe de altă parte, creanţele născute după data deschiderea procedurii, rezultate din continuarea activităţii debitorului după această dată (continuarea activităţii curente, reorganizarea propriu-zisă) vor fi menţionate,

potrivit art. 108 alin. (3) și (5), în ipoteza trecerii la procedura falimentului, în tabelul suplimentar și tabelul definitiv consolidat, precum și achitate, în ordinea de prioritate prevăzută de art. 123 pct. 3 din lege.

Dispozițiile art. 49 constituie în mod expres o excepție de la prevederile art. 46, referitoare la nulitatea oricărui actelor, operațiunilor și plăților efectuate de debitor după deschiderea procedurii. În cazul trecerii la faliment, creanțele născute după deschiderea procedurii, despre care nu se poate reține că au rezultat în mod legal în urma continuării activității potrivit cerințelor procedurii (permise de art. 49 și de plan), vor fi prezumate ca fiind în dauna creditorilor și anulate, în limita art. 112 alin. (3).

*

Dispozițiile art. 3 pct. 14 lit. a), b) și c) din Legea nr. 85/2006 au în vedere, în mod nelimitativ, trei categorii - cadru de activități, care pot fi exemplificate și astfel: contractarea unui credit și achiziția de materii prime necesare continuării activității curente, însoțite de operațiuni de plată a furnizorilor, continuarea procesului de producție pe o linie tehnologică utilizându-se materiile prime achiziționate, vânzarea produselor realizate, încasarea prețului acestora.

Activitățile trebuie să fie identificate precis, fără echivoc.

În doctrină s-a apreciat, pornind de la prevederea în art. 3 pct. 14 a asigurării finanțării, că aceasta se poate realiza prin contractarea unui împrumut, adică prin acumularea de capital din surse externe, dar nimic nu se opune ca finanțarea să fie asigurată de asociați/acționari prin noi aporturi de capital social. Or, nu poate fi vorba de o finanțare a continuării activității curente printr-o majorare de capital social în raport cu asociații existenți sau terțe persoane, care înseamnă o operațiune de altă natură, specifică reorganizării și care poate constitui doar obiectul unui plan. O astfel de majorare tinde, de fapt, să înlocuiască în mod nelegal procedura derulată în baza unui plan. În același sens se mai poate avea în vedere că dispozițiile art. 3 pct. 14 lit. c) se referă expres doar la finanțarea capitalului de lucru în limite curente iar nu și la finanțarea capitalului social.

Asociații/acționarii pot, însă, să împrumute debitorul.

*

Persoanele cărora la revine, în perioada de observaţie, conducerea, administrarea activităţii curente continuate, care încheie pentru debitor actele necesare pot fi, după caz, administratorul statutar, administratorul special sau administratorul judiciar, în măsura în care acestea exercită dreptul de administrare.

Astfel, potrivit art. 86 alin. (1), la data deschiderii procedurii contractele în derulare se consideră menţinute, dar demersul practicianului în sensul nemenţinerii contractelor pe calea denunţării poate interveni efectiv doar ulterior, după perioada de timp necesară pentru a lua cunoştinţă despre desemnare, despre situaţia debitorului etc. De asemenea, la data deschiderii procedurii activitatea debitorului este condusă de administratorii statutari, iar prin hotărârea de deschidere este desemnat în mod obligatoriu doar practicianul în insolvenţă, iar nu şi administratorul special. În raport cu dispoziţiile art. 3 pct. 30, dacă prin hotărârea de deschidere a procedurii s-a ridicat dreptul de administrare, mandatul administratorilor statutari încetează de la acea dată, în măsura ridicării dreptului de administrare, exercitarea acestui drept revenind practicianului în insolvenţă. Dacă prin hotărârea de deschidere nu s-a ridicat dreptul de administrare (şi debitorul a formulat cerere de reorganizare), acesta va fi exercitat *sine die* de administratorii statutari până la desemnarea administratorului special, căruia îi va reveni, în continuare exercitarea dreptului, iar în cazul ridicării ulterioare, până la finalul perioadei de observaţie, va reveni practicianului în insolvenţă. În raport tot cu art. 3 pct. 30 din Legea nr. 85/2006 astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 172/2008, mandatul administratorilor statutari încetează de la data ridicării dreptului de administrare sau de la data desemnării administratorului special, iar încetarea mandatului impune obligaţia predării gestiunii [cu privire la care sunt aplicabile şi prevederile art. 46 alin. (2)].

Nedesemnarea administratorului special potrivit cerinţelor procedurii, atrage ridicarea dreptului de administrare, în conformitate cu prevederile art. 3 pct. 26 din Legea nr. 85/2006 modificată prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008.

Confirmarea unui plan sau trecerea la faliment vor determina, mai departe, regimul aplicabil exercitării dreptului de administrare.

Dispoziţiile art. 49 alin. (1) lit. a) şi b) indică doar situaţiile în care administratorul judiciar supraveghează sau conduce efectiv continuarea activităţii curente.

*

În ceea ce priveşte delimitarea perioadei de continuare a activităţii curente, dispoziţiile art. 49 au în vedere sub acest aspect perioada de observaţie (unele activităţi de natura celor curente pot fi îndeplinite chiar şi în faliment, corespunzător prevederilor art. 47 alin. (7) dar, de principiu, trebuie limitate). Prin urmare, limitele generale ale continuării activităţii curente sunt limitele perioadei de observaţie.

În ceea ce priveşte momentul „iniţial" de la care activităţile curente se pot continua, acesta este întotdeauna cel al deschiderii procedurii. În acest context, activităţile contractate şi derulate anterior, la care se referă art. 3 pct. 14 lit. a), se propagă peste momentul deschiderii (care în fapt nu poate fi un hiatus), în perioada de observaţie, continuând în mod curent şi în această perioadă. Dacă se justifică, extinderea în perioada de observaţie poate privi, practic, întreaga activitate contractată anterioară deschiderii, pe care, însă, legiuitorul o împarte în două categorii: activitatea curentă în condiţii obişnuite (art. 49 alin. (1) şi activitatea curentă care depăşeşte condiţiile obişnuite [art. 49 alin. (2), (3)].

În doctrină, dispoziţiile Legii nr. 85/2006 în forma iniţială, faptul că după ce este desemnat prin hotărârea de deschidere administratorului judiciar îi este necesară o perioadă de timp pentru a fi în măsură să procedeze la denunţarea sau menţinerea contractelor debitorului (delimitând astfel activităţile contractate supuse continuării), desemnarea administratorului special la un anumit interval de timp de la deschiderea procedurii, precum şi ideea de principiu că deschiderea procedurii restricţionează debitorul au condus de regulă, în ceea ce priveşte situaţia în discuţie, la confuzie sub aspectul stabilirii încă de la data deschiderii procedurii a limitelor obiectului activităţii curente continuate. Aceasta cu toate că o analiză, în fapt corespunzătoare, era în măsură să arate, după cum am mai precizat, că activitatea contractată curentă, continuată în perioada de observaţie nu poate suferi nici o limitare sau diminuare de conţinut imediat după deschiderea proce-

durii, față de aceeași activitate anterioară, fiind vorba de o continuare a executării contractelor și după deschidere [în condițiile art. 86 alin. (1)]. Ceea ce nu mai continuă după deschiderea procedurii din activitatea generală a debitorului anterioară deschiderii se include în alte categorii de activități decât activitatea contractată curentă. Dispozițiile art. 49 au în vedere această din urmă distincție și prevăd cum se autorizează și administrează activitatea contractată curentă (obișnuită sau, respectiv, derulată în alte condiții decât cea obișnuită). În sensul arătat, prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008, dispozițiile art. 86 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 au fost completate sub aspectul că la data deschiderii procedurii contractele debitorului aflate în derulare se consideră menținute, eventualele clauze contractuale contrare fiind nule.

În ceea ce privește limita de finalizare a continuării activității curente din perioada de observație, se impun mai întâi două precizări.

Dispozițiile art. 49 trebuie respectate și aplicate de către oricare dintre persoanele cărora le revine, în derularea procedurii, exercitarea dreptului de administrare (după caz, administratorul statutar, administratorul special sau practicianul în insolvență), în caz de derogare intervenind sancțiunea nulității prevăzută de art. 46 din lege.

Nici continuarea și nici finalizarea continuării activității curente contractate, în structura care rezultă potrivit art. 3 pct. 14 și art. 49, nu sunt determinate în mod direct de desesizarea debitorului, de ridicarea dreptului de administrare (care sunt de natură să determine necontinuarea altui gen de activități, acte, operațiuni).

În concret, limita finală a continuării activității curente poate depinde în funcție de mai multe situații posibile: astfel, un contract în baza căruia continua o activitate curentă poate fi denunțat de către practicianul în insolvență, cu consecința încetării activității privind executarea acestuia. Dacă sunt menținute mai multe contracte, continuarea activității contractate curente se finalizează atunci când se finalizează executarea ultimului dintre contractele menținute.

Încheierea perioadei de observație, potrivit prevederilor art. 3 pct. 15, la data confirmării planului sau, după caz, a intrării în faliment, înlătură în general posibilitatea continuării activității curente în înțelesul art. 49. Activitatea derulată ulterior în timpul perioadei de reorganizare propriu-zisă nu mai reprezintă o continuare a activității curente ci în

mod distinct, indiferent de eventuale asemănări sub aspect material, o activitate în baza unui plan confirmat.

*

Prin dispoziţiile art. 49 alin. (2) şi (3) legiuitorul a avut în vedere o ipoteză distinctă de aceea prevăzută la alin. (1), şi anume, aceea privind efectuarea în cadrul continuării activităţii curente de acte, operaţiuni şi plăţi care depăşesc condiţiile obişnuite de exercitare a activităţii curente (iar nu activitatea curentă în sine, cum greşit s-a mai apreciat în doctrină). Legiuitorul a prevăzut că pentru a putea fi efectuate, acestea trebuie să fie mai întâi autorizate de către administratorul judiciar, în exercitarea atribuţiilor de supraveghere a activităţii curente continuate [şi această atribuţie având un caracter concret managerial, în sensul art. 11 alin. (2)]; în cazul în care dreptul de administrare a fost ridicat, iar conducerea activităţii curente revine administratorului judiciar, acesta va efectua actele, operaţiunile şi plăţile, fără să mai fie necesar să se autorizeze pe sine însăşi. În ambele cazuri, însă, având în vedere că în raport cu economia legii legiuitorul a promovat ideea controlului procedurii, sub aspectul măsurilor economice, din partea creditorilor (în timp ce acţionarii sunt îndepărtaţi), se pune problema acordului creditorilor, dar în mod diferit. Legiuitorul s-a referit expres în cuprinsul art. 49 alin. (2) doar la ipoteza în care debitorul, prin administratorul special (după cum s-a arătat, în acest caz nu poate fi vorba şi de administratorul statutar) are dreptul de conducere: acesta va trebui să ceară administratorului judiciar să-i autorizeze efectuarea actelor, operaţiunilor şi plăţilor în discuţie. Pentru autorizare, administratorul judiciar trebuie să aibă acordul comitetului creditorilor cu privire la cele cerute, scop în care va convoca o şedinţă a acestuia în termenul stabilit de lege. Prin urmare, sub aspectul în discuţie debitorul nu tratează direct cu creditorii. În cazul în care administratorul judiciar are dreptul de conducere, sunt aplicabile dispoziţiile art. 11 alin. (2) în sensul că creditorii pot exercita controlul deciziilor manageriale, economice ale administratorului judiciar, prin organele lor, ceea ce se realizează potrivit celorlalte reguli instituite de lege în sensul respectiv. Nu trebuie uitat că măsurile practicianului pot fi contestate de creditori, potrivit art. 21 alin. (2) din lege. În lipsa acordului creditorilor actele, operaţiunile şi plăţile efectuate nu vor fi valabile.

Obţinerea acordului creditorilor asupra continuării activităţii în condiţiile art. 49 alin. (2) este pe deplin justificată, deoarece aceştia suportă riscul ca în continuarea activităţii curente să nu crească averea debitorului, ci, dimpotrivă, să se ajungă la acumularea de debite (creanţele împotriva debitorului rezultate din continuarea activităţii contractate) şi la pierderi noi, reducându-li-se proporţional şansele la realizarea creanţelor lor, deoarece masa credală va trebui să suporte şi creanţele care rezultă din activitatea continuată şi care sunt plătite pe măsura scadenţei lor adică, practic, mai înaintea celor anterioare deschiderii. Oricum, exprimarea în mod unitar a acordului în cadrul comitetului creditorilor nu este întotdeauna facilă, fiecare dintre creditori având interesul de a-şi realiza propria creanţă cu prioritate (salariaţii vor continuarea activităţii, ca şi creditorii chirografari, creditorii garantaţi vor să se facă aplicarea dispoziţiilor art. 39 etc.).

Continuarea activităţii contractate curente se justifică în măsura în care corespunde scopului pentru care s-au menţinut contractele de către practician, iar nu şi dacă se ajunge la pierderi pentru debitor, caz în care, dacă nu este probabilă adoptarea unui plan, se va trece la faliment, ceea ce înseamnă, de fapt, că încetează perioada de observaţie. Dar, chiar dacă duc la cheltuieli suplimentare în limite rezonabile, unele activităţi trebuie continuate chiar şi în faliment dacă în final conduc la o valoare mai mare a bunurilor debitorului (de exemplu, în cazul în care oprirea unei instalaţii ar presupune cheltuieli mai mari pentru întreţinere, iar în faliment poate fi valorificată la un preţ mai mare decât dacă ar fi oprită, în cazul în care o cultură agricolă se află la mijlocul perioadei de creştere, astfel că nu este cazul să se renunţe la aceasta etc.); este de observat că în ipoteza continuării unei activităţi în faliment criteriul determinant rămâne tot cel economic, vizând maximizarea averii debitorului, iar o astfel de ipoteză poate fi acceptată dacă este justificată ca o operaţiune în limita lichidării.

*

În doctrină s-a apreciat că, din moment ce dispoziţiile art. 49 alin. (2) lasă să se înţeleagă că actele la care se referă vor fi propuse de administratorul special şi ulterior aprobate de comitetul creditorilor, înseamnă că administratorul special nu are nevoie de acordul asociaţilor/acţionarilor pentru a dispune asupra averii debitorului, chiar

dacă propune încheierea unui act de dispoziţie. În altă opinie, s-a apreciat că cel puţin atunci când administratorul special propune o operaţiune care constituie o modificare a actului constitutiv al debitorului, este necesară o hotărâre de aprobarea adunării generale a asociaţilor/acţionarilor. Sub acest aspect trebuie avute în vedere dispoziţiile art. 18 alin. (1) [şi (2)] din lege, în sensul că în ipoteza în discuţie administratorul special reprezintă şi interesele asociaţilor/acţionarilor, deci nu poate acţiona împotriva acestora, ceea ce trebuie să poată fi verificat inclusiv prin acte provenind chiar de la acţionari/asociaţi.

*

Nu se încadrează în condiţiile obişnuite de exercitare a activităţilor curente ceea ce excede caracterului repetitiv al circuitului activităţii curente continuate a debitorului (adică investiţie – producţie – profit – investiţie...). De exemplu, vânzarea unui imobil din averea debitorului, închiderea unui punct de lucru etc.).

În raport cu art. 49 alin. (3) în cadrul continuării activităţii curente în condiţii diferite de cele obişnuite pot fi înstrăinate chiar şi bunuri grevate de garanţii, dar numai dacă creditorului garantat i se asigură o protecţie corespunzătoare creanţei sale garantate, potrivit art. 39 (prin aducerea altui bun în garanţie etc.).

§17. Inopozabilitatea actelor debitorului faţă de creditori (art. 50)

Dispoziţiile art. 50 din Legea nr. 85/2006 în forma iniţială prevedeau că dacă la deschiderea procedurii un act juridic nu devenise opozabil terţilor, înscrierile, transcrierile, intabulările şi orice alte formalităţi specifice necesare acestui scop, efectuate după data deschiderii procedurii, sunt fără efect faţă de masa creditorilor, cu excepţia cazului în care cererea sau sesizarea, legal formulată, a fost primită de instanţa, autoritatea ori instituţia competentă cel mai târziu în ziua premergătoare hotărârii de deschidere a procedurii.

Dispoziţiile art. 50 erau în consonanţă cu cele prevăzute de art. 46 din lege referitor la neopunerea actelor debitorului faţă de creditori începând cu momentul deschiderii procedurii, vizând maximizarea

averii debitorului în vederea acoperirii într-un grad cât mai mare a pasivului debitorului, prin menţinerea acestei averi cel puţin la nivelul existent la data deschiderii procedurii. Practic, potrivit textului de lege, dacă până la deschiderea procedurii nu se realizau formalităţile specifice prevăzute pentru opozabilitatea faţă de terţi a unui act juridic încheiate de debitor anterior deschiderii, realizarea unor astfel de formalităţi după data deschiderii procedurii era lipsită de efect faţă de masa creditorilor (masa credală), astfel că actul juridic în discuţie nu era considerat drept opozabil creditorilor în cadrul procedurii insolvenţei. În consecinţă, în cazul în care un bun a constituit, eventual, obiectul acelui act juridic, bunul respectiv se considera rămas în averea debitorului. În lipsa opozabilităţii, terţelor persoane în beneficiul cărora fusese încheiat actul juridic nu le era înlăturat dreptul de a-şi valorifica pretenţiile legale faţă de debitor, dar aceasta era permisă în raport cu art. 50 doar împreună cu ceilalţi creditori ai debitorului aflat în procedură.

În lipsa vreunei distincţii în textul de lege, actele juridice care implică formalităţi specifice pentru opozabilitate faţă de terţi pot fi nu numai acte prin care s-a înstrăinat un bun mobil sau imobil din averea debitorului, dar şi cel prin care s-a dobândit un bun în patrimoniul acestuia; ipoteza specifică procedurii insolvenţei era, însă, aceea a inopozabilităţii faţă de masa creditorilor a actelor vizând înstrăinarea unui bun din averea debitorului (aceasta constituind obiectul procedurii), în contextul în care de multe ori debitorul are tendinţa ca, la mai mult sau mai puţin timp înaintea deschiderii procedurii să încerce să-şi scoată bunurile de sub „ameninţarea" de a fi urmărite în cadrul acesteia de către creditori, în scopul fraudării lor. Desigur, în cazul actelor prin care debitorul dobândea un bun, acesta din urmă nu se considera intrat în patrimoniul debitorului astfel că nu putea fi supus lichidării în vederea plăţii creditorilor.

Aparent, dispoziţiile art. 50 nu făceau vreo distincţie nici referitor la actul juridic în sine şi nici referitor la formalitatea necesară pentru opozabilitatea acestuia în sensul că ar fi vizate doar acelea cu privire la care intervine frauda, fiind astfel posibilă interpretarea sub aspectul că lipsirea de efecte ar fi fost avută în vedere în general, în egală măsură şi pentru actele intervenite fără a fi implicată frauda. Or, în raport cu

formularea textului de lege, interpretarea reală a acestuia era în sensul că inopozabilitatea privea doar actele juridice recunoscute a fi valabile, lipsite de orice prezumție de fraudă. De exemplu, în cazul în care printr-un act perfect valabil s-a constituit o ipotecă asupra unui bun al debitorului, ipoteca nefiind, însă, opozabilă creditorilor, în cadrul procedurii deoarece nu a fost înscrisă la timp. În cazul actelor cu privire la care intervenea frauda, acestea trebuiau să constituie, cu prioritate, obiectul acțiunilor în anulare în temeiul art. 79-80 din lege, având caracter special în acest sens. Ceea ce se urmărea prin dispozițiile art. 50 era delimitarea averii debitorului și pe calea inopozabilității, începând cu momentul deschiderii procedurii, în raport cu actele și formalitățile avute în vedere.

Din moment ce textul de lege se referea la masa creditorilor înseamnă că avea în vedere creditorii înscriși în tabelul definitiv de creanțe; în altă ordine de idei, lipsirea de efecte, inopozabilitatea nu intervenea și față de alți terți decât acești creditori. Faptul că se menținea opozabilitatea față de alte persoane decât creditorii în beneficiul cărora se desfășoară procedura nu avea, de regulă, consecințe practice pe parcursul derulării procedurii insolvenței, derulare prioritară în condițiile art. 36 etc. față de realizarea în paralel a pretențiilor împotriva aceluiași debitor.

Enumerarea formalităților specifice era, în mod evident, exemplificativă, cele mai frecvent întâlnite fiind: înscrierile în cartea funciară privind actele de dobândire sau de înstrăinare a proprietății sau a altui drept real, garanții reale sau alte sarcini și interdicții asupra bunurilor imobile; înregistrarea garanțiilor reale constituite asupra bunurilor mobile în arhiva electronică, mențiunile supuse înregistrării în registrul comerțului și altele.

Dispozițiile art. 50 stabileau și o excepție de la regula prevăzută. Astfel, dacă cererea sau sesizarea, legal formulată a fost primită de instituția destinatară competentă cel mai târziu cu o zi înainte de ziua deschiderii procedurii, formalitățile specifice, care constituie obiectul cererii/sesizării își produceau efectele față de masa creditorilor (și, bineînțeles, inclusiv față de alte terțe persoane). Aceasta, desigur, dacă cererea sau sesizarea era și admisă în sensul realizării formalității respective („legal formulată"). Diferit de dreptul comun, cererea sau

sesizarea trebuia să fi fost şi efectiv primită cel mai târziu cu o zi anterioară deschiderii procedurii, iar nu doar depusă la poştă sau la o altă instituţie decât aceea căreia îi revenea competenţa de soluţionare.

*

Prin dispoziţiile Legii nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008, prevederile art. 50 din Legea nr. 85/2006 au fost abrogate în mod expres.

În justificarea abrogării legiuitorul a apreciat că formularea „fără efect faţă de masa creditorilor" nu are nici o semnificaţie juridică şi, odată ce actul este încheiat în condiţii legale, el produce efecte între părţi şi nu poate fi desfiinţat decât pentru motivele prevăzute de lege.

Or, după cum am arătat anterior, efectul prevăzut de art. 50, în baza inopozabilităţii, în raport cu creditorii nu era lipsit de semnificaţie şi justificare juridică, consecinţa inopozabilităţii, ca instituţie juridică, fiind chiar aceea a lipsirii actului de efecte faţă de persoana vizată. Inopozabilitatea şi lipsirea de efecte a actului valabil nu privea părţile care l-au încheiat, ci creditorii ca terţe persoane. De asemenea, dispoziţiile art. 50 nu urmăreau desfiinţarea actului ci doar lipsirea lui de efecte ca urmare a inopozabilităţii.

Desigur, legiuitorul poate aprecia la un moment dat, că sancţiunea lipsirii de efecte, doar în baza inopozabilităţii generate de neîndeplinirea la timp a unei formalităţi, a unui act valabil încheiat, ar fi exagerată, precum şi că în cadrul procedurii este îndreptăţită înlăturarea efectelor unui astfel de act doar în cazul în care încheierea lui a implicat frauda, pe calea acţiunilor în anulare formulate în baza art. 79-80 sau, în unele cazuri, în baza art. 46 din lege. O astfel de apreciere este de apanajul legiuitorului şi, în fapt a justificat abrogarea dispoziţiilor art. 50, cu consecinţa, însă, doar a simplificării pe fond a procedurii, în dauna rigorii juridice. Oricum, ceea ce criticăm nu este măsura abrogării, ci motivele inadecvate afirmate de legiuitor în acest scop.

§18. Contracte financiare calificate. Compensarea în Netting (în rețea) – art. 51

18.1. Aspecte generale

În funcție de modul în care reglementarea legală a insolvenței vizează problemele privind tratamentul aplicabil contractelor debitorului și dreptului la compensare, poate apare sau nu nevoia de a se include în cuprinsul acestei reglementări dispoziții specifice referitoare la anumite contracte financiare pe termen scurt, incluzând instrumente derivate. Termenii contractului master care guvernează astfel de contracte individuale (supuse standardizării în mod substanțial), conțin în mod normal dispoziții care permit unei părți contractuale, după deschiderea procedurii insolvenței împotriva unei alte părți, să evidențieze și să compenseze toate câștigurile și pierderile sale și tot ceea ce nu s-a plătit în raport cu tranzacțiile separate cu debitorul. Astfel de clauze privind bilanțul în rețeaua de tranzacții, care coagulează toate obligațiile de plată, sunt posibile dacă legea insolvenței conține două caracteristici. Prima, este aceea în sensul că legea trebuie să permită finalizarea tuturor tranzacțiilor aflate în derulare la data deschiderii procedurii, în baza unei clauze referitoare la cazul în care intervine insolvența uneia dintre părți, iar în ceea ce privește a doua caracteristică, legea trebuie să permită pentru partea care nu e în insolvență să-și compenseze creanțele cu datoriile față de partea în insolvență.

Într-un mare număr de țări legea insolvenței nu prevede ambele caracteristici. În ceea ce privește denunțarea/continuarea unor contracte ale debitorului, în unele țări se permite practicianului să continue contractele chiar în contradicție cu existența în cuprinsul acestora a clauzelor convenite referitor la finalizarea contractelor. În ceea ce privește compensarea, un număr de țări nu permit compensarea unor creanțe financiare independente care nu au ajuns la scadență la data deschiderii procedurii. Multe țări ocolesc prevederea în lege a unor dispoziții referitoare la aceste aspecte pentru că astfel de tranzacții au devenit o componentă importantă a pieței mondiale și, în absența unei certitudini privind nettingul în situația intrării în insolvența a unei părți,

accesul la astfel de tranzacţii trebuie sever restricţionat, pentru prevenirea unor riscuri evidente. Oricum, asemenea prevederi complică legea insolvenţei şi se exprimă în tratamentul preferenţial al unor creditori.

Prin urmare, în ţările în care după deschiderea procedurii compensarea nu este permisă pentru datoriile financiare mutuale sau în care practicianului îi este permis să acţioneze împotriva clauzelor privind încetarea contractului, poate fi necesar să se facă o excepţie de la aceste reguli, pentru ca clauzele referitoare la încetarea netting-ului, prevăzute în contractele financiare dintre debitor şi o altă parte, să poată fi aplicate cu certitudine.

18.2. Reglementarea în Legea nr. 85/2006

Potrivit art. 51 din Legea nr. 85/2006:

1) Orice transfer, îndeplinire a unei obligaţii, exercitare a unui drept, act sau fapt realizat în temeiul unor contracte financiare calificate, precum şi orice acord de compensare bilaterală sunt valabile, pot fi executate şi/sau opuse unui cocontractant insolvent ori unui garant insolvent al unui cocontractant, fiind recunoscute ca bază de înscriere a creanţei în procedurile prevăzute de prezenta lege.

2) Singura obligaţie, dacă există în cuprinsul contractului, ca urmare a realizării unui netting în condiţiile prevăzute de un contract financiar calificat, a unei părţi în contract va fi aceea de a presta (echivalentul) obligaţia (suma de plată sau obligaţia de a face) netă rezultată în urma nettingului, către cocontractantul său.

3) Singurul drept, dacă există în cuprinsul contractului, ca urmare a realizării unui netting în condiţiile prevăzute de un contract financiar calificat, al unei părţi la contract va fi acela de a primi (echivalentul) dreptul (suma de plată sau obligaţia de a face) net care rezultă în urma nettingului, de la cocontractantul său.

Nici o atribuţie conferită prin prezenta lege unui organ care aplică procedura insolvenţei nu va împiedica încetarea contractului financiar calificat şi/sau accelerarea îndeplinirii obligaţiilor de plată ori îndeplinirii obligaţiilor de a face sau a realizării unui drept în baza unuia ori a mai multor contracte financiare calificate, având ca temei un

acord de netting, aceste puteri fiind limitate la suma netă rezultată în urma aplicării acordului de netting.

5) Cu excepția dovedirii intenției frauduloase a debitorului în sensul art. 80 alin. (1) lit. g), nici un lichidator sau, după caz, nici o instanță judecătorească nu poate împiedica, cere anularea ori decide desfacerea unor operațiuni cu instrumente financiare derivate, inclusiv ducerea la îndeplinire a unui acord de netting, realizate în baza unui contract financiar calificat.

De asemenea, prevederile art. 3 pct. 31 din Legea nr. 85/2006 fac referire la contractele financiare calificate - la care se referă art. 51 alin. (1) - ca fiind orice contract care are ca obiect operațiuni cu instrumente financiare derivate realizate pe piețe reglementate, piețe asimilate sau piețele la buna înțelegere, astfel cum sunt acestea reglementate.

Potrivit art. 3 pct. 33 din Legea nr. 85/2006, operațiunea de compensare bilaterală (sau netting), presupune realizarea, în legătură cu unul sau mai multe contracte financiare calificate, a uneia sau a mai multora dintre următoarele operațiuni:

a) încetarea unui contract financiar calificat și/sau accelerarea oricărei plăți sau îndepliniri a unei obligații ori realizări a unui drept în baza unuia sau mai multor contracte financiare calificate având ca temei un acord de compensare bilaterală (netting);

b) calcularea sau estimarea unei valori de compensare, valori de piață, valori de lichidare ori valori de înlocuire a oricăreia dintre obligațiile sau drepturile la care se referă lit. a);

c) conversia într-o singură monedă a oricărei valori, calculată potrivit lit. b);

d) compensarea, până la obținerea unei sume nete (off-set), a oricăror valori calculate potrivit lit. b) și convertite potrivit prevederilor lit. c);

Potrivit art. 3 pct. 34 din Legea nr. 85/2006, prin acord de compensare bilaterală (acord de netting) se înțelege:

a) orice înțelegere sau clauză în cadrul unui contract financiar calificat dintre două părți, prin care se prevede un netting al unor plăți ori o îndeplinire a unor obligații sau o realizare a unor drepturi prezente ori viitoare rezultând din sau având legătură cu unul ori mai multe contracte financiare calificate („acord master de netting");

b) orice acord master de netting între două părţi, prin care se prevede nettingul între două sau mai multe acorduri master de netting („acord master - master de netting");

c) orice înţelegere de garantare subsecventă ori în legătură cu unul sau mai multe acorduri master de netting;

Potrivit art. 3 pct. 35 din Legea nr. 85/2006, prin înţelegere de garantare se înţelege orice contract/instrument de garantare a unui acord de netting sau a unor contracte financiare calificate, incluzând fără limitare: gajuri, scrisori de garanţie, garanţii personale şi altele asemenea.

Prin dispoziţiile art. 51 se au în vedere nu efecte ale deschiderii procedurii, în înţelesul restrâns al termenului, ci temeiuri particulare de înscriere a creanţei la masa credală şi, pe de altă parte, prevederea unor limitări legale ale exercitării atribuţiilor practicianului în privinţa neîncetării unor anumite contracte specifice în legătură cu debitorul sau a anulării unor operaţiuni realizate în baza unor astfel de contracte, aceste limitări urmărind asigurarea aducerii la îndeplinire a scopurilor care s-au urmărit prin contractele respective.

Încheierea unor astfel de convenţii complicate s-a adeverit a fi necesară în domenii care presupun derularea unei multitudini de activităţi într-un sistem complex, pentru realizarea cărora este necesară o multitudine de raporturi bi- sau multilaterale, în condiţii diverse. Dacă în contextul celor arătate s-ar avea în vedere reglementarea şi realizarea în mod fragmentat a fiecărei activităţi, derularea în ansamblu a domeniului respectiv ar fi extrem de complicată. Convenţiile în discuţie au menirea de a închega într-un sistem unitar elementele respective şi de a simplifica obţinerea finalităţii lor. Operaţiunile de netting constituie forme speciale de compensare, într-o reţea de raporturi contractuale.

Un exemplu simplist poate fi lămuritor: activitatea de pescuit oceanic, procesare şi desfacere a peştelui poate implica într-o relaţie complexă o mulţime de agenţi economici din diverse ţări (deţinătorul navei de pescuit, deţinătorul fabricii de procesare, distribuitorul, magazinul de desfacere etc.), cheltuieli la diverse paliere din lanţul de activităţi, garanţi ai cocontractanţilor etc.; dacă pentru realizarea acestei activităţi baza convenţională între părţi, privind plăţile s-ar face pe „segmente" atunci nu s-ar asigura celeritatea operaţiunilor componente,

plăţile, în diverse valute, între diverşi cocontractanţi ar lua mult timp şi ar atrage riscul de blocare la un nivel sau altul etc. Contractele de genul celor în discuţie permit ca regularizarea cheltuielilor să nu se mai facă de la un cocontractant la altul pe fiecare segment ci, în raport de anumite criterii (cum ar fi o anumită cantitate de peşte care trece pe la fiecare dintre cocontractanţi), să se facă doar la final o singură plată, de la acel participant din reţea unde s-a format excedentul de valoare către cel care a cheltuit cel mai mult, plata finală presupunând realizarea nettingului, adică a multiplelor compensări între participanţi (de la un cocontractant la altul) doar în mod implicit, potrivit clauzelor contractuale cadru care acoperă toate raporturile dintre părţi. De reţinut că între cei doi cocontractanţi între care se face această singură plată finală este posibil să nici nu existe un contract direct privind vreuna dintre activităţile concrete derulate în reţea, ci doar convenţia calificată care uneşte activităţile şi participanţii la ele într-un sistem convenţional complex şi unitar.

În exemplul de mai sus s-a avut în vedere obligaţia finală ca o plată a unei sume, dar, sub acelaşi aspect, contractul financiar calificat sau acordul de compensare pot avea în vedere un transfer, exercitarea unui drept, act sau fapt.

În continuarea analizei, pentru raportare la procedura insolvenţei, să avem în vedere doar doi participanţi din reţeaua de cocontractanţi, furnizorul şi magazinul de desfacere. Exclusiv în baza raporturilor dintre aceştia, magazinul poate să nu datoreze nimic furnizorului în urma compensării în ceea ce îi priveşte, dar în ansamblul sistemului de activităţi magazinul datorează o plată către deţinătorul navei de pescuit. Dacă magazinul ajunge în stare de insolvenţă, în baza contractului cadru se va reţine că datorează navei plata unui debit, astfel cum rezultă din clauzele acestui contract (inclusiv în ceea ce priveşte, de exemplu, cuantumul plăţii, care se va stabili potrivit contractului cadru, iar nu la eventuala valoare obţinută în plus doar ca urmare a creşterii preţului peştelui în zona în care este magazinul), respectiv deţinătorul navei se va putea înscrie la masa credală, deşi poate nici nu avea un subcontract direct cu magazinul; desigur, o altă ipoteză poate fi aceea în care în urma nettingului magazinul este creditor faţă de nava de pescuit sau alt cocontractant, dar nu această ipoteză o avem în vedere

pentru exemplificare). În acest sens sunt prevederile alin. (2) și (3) din art. 51 a căror formularea poate genera confuzia în sensul că ar fi vorba de un „netting către/de la cocontractant", deși interpretarea valabilă este în sensul că singura obligație (singurul drept) a (al) unei părți, în măsura în care este prevăzută (prevăzut) în contract, va fi aceea (acela) de a presta (de a primi) obligația (dreptul) netă (net) rezultată (rezultat) în urma nettingului de la (către) cocontractantul său.

În situația analizată (privind magazinul debitor, în exemplul dat), după cum se arată în art. 51 alin. (4), în raport cu atribuțiile care îi revin practicianului desemnat în procedura insolvenței sau altui organ de aplicare a procedurii, potrivit art. 86 din Legea nr. 85/2006, orice contract financiar calificat nu va putea fi denunțat ci continuat până se execută (în acest sens trebuind să fie înțeles termenul „încetarea" din text), pentru a se ajunge la aplicarea nettingului din care rezultă valoarea obligației/dreptului de executat în final, trebuind chiar să se accelereze îndeplinirea obligației/realizarea dreptului. Această limitare a atribuțiilor intervine doar în limita, doar cu privire la suma netă rezultată în urma aplicării acordului de netting.

În raport cu prevederile art. 51 alin. (5), ca regulă, practicianul sau judecătorul sindic (instanța) nu pot împiedica derularea unei operațiuni cu instrumente financiare derivate, inclusiv ducerea la îndeplinire a unui acord de netting, realizate în baza unui contract financiar calificat; de asemenea, nu pot formula/admite acțiuni în anularea unor astfel de operațiuni sau decide/admite desfacerea contractelor. În mod excepțional, practicianul în insolvență sau judecătorul sindic au posibilitatea de a proceda în sensul arătat dacă se dovedește intenția frauduloasă a debitorului în sensul art. 80 alin. (1) lit. g) din lege; în același context mai trebuie avut în vedere și art. 88 din lege.

Prevederile textului de lege cuprind și o specificație referitoare la instrumente financiare derivate, potrivit art. 2 pct. 11 din Legea nr. 297/2004. Prevederile acestei legi, precum și ale Legii nr. 297/2004 privind piața de capital sau ale Legii nr. 253/2004 privind caracterul definitiv al decontării în sistemele de plăți și în sistemele de decontare a operațiunilor cu instrumente financiare, dată în aplicarea Directivei 98/26/CEE, pot fi avute în vedere în completare pentru analiza nettingului în procedura insolvenței.

§19. Compensarea creanţelor (art. 52)

19.1. Reglementări internaţionale

Un aspect important care apare în conceperea unei legi a insolvenţei este acela referitor la tratamentul creditorului care la momentul deschiderii procedurii se întâmplă să fie şi debitor al averii debitorului. Într-o astfel de situaţie, faţă de principiul egalităţii de tratament pentru creditorii aflaţi în situaţii similare, o primă soluţie care se impune este, relativ evident, în sensul că practicianul în insolvenţă trebuie să „primească" întregul debit care i se datorează debitorului de către creditor, iar creanţa declarată de acesta din urmă în procedură se va plăti în măsura egală în care şi ceilalţi creditori chirografari primesc satisfacţie din valorificarea bunurilor debitorului. O altă alternativă de abordare permite, însă, creditorului, în ipoteza în discuţie, să-şi exercite dreptul de compensare (set-off) împotriva averii debitorului după deschiderea procedurii, cu efectul că în funcţie de mărimea creanţei debitorului în raport cu aceea a creditorului, aceasta din urmă poate fi satisfăcută, uneori, chiar şi în întregime.

În multe dintre ţările a căror opţiune nu a fost în sensul prevederii unui drept general de compensare în cadrul procedurii, compensarea este, totuşi, permisă în două circumstanţe: dacă ambele creanţe sunt exigibile la momentul deschiderii procedurii sau în cazul în care creanţele reciproce provin din aceeaşi tranzacţie.

Dreptul de compensare după deschiderea procedurii poate să interacţioneze cu o serie de alte prevederi ale legii insolvenţei. De exemplu, cu prevederile legale prin care nu se acceptă compensarea în cazul în care creanţa pe care o are debitorul a fost acceptată de creditor în „perioada suspectă" sau cu prevederile privind nettingul, a cărei fundamentare ar lipsi dacă reglementarea insolvenţei nu ar prevede în general posibilitatea compensării. În plus, în măsura în care o lege a insolvenţei anulează clauzele de încetare a contractelor şi prin aceasta împuternicesc practicianul să îşi asume contractele neperformante, un creditor va putea să exercite dreptul la compensare privind creanţele reciproce în bani, numai dacă dreptul practicianului de a anula astfel de clauze este expres limitat de posibilitatea creditorului de a înceta

contractul şi de a compensa acele creanţe. În consecinţă, decizia legiuitorului de a prevede sau nu compensarea în procedura insolvenţei trebuie să ia în considerare nu numai simpla prevedere a acestei instituţii juridice ci şi ansamblul prevederilor legale fundamentate pe aceasta. De exemplu, nu se va abroga dispoziţia generală care permite compensarea în procedură, menţinându-se, în acelaşi timp, dispoziţiile privind nettingul.

19.2. Reglementarea în dreptul intern

Posibilitatea compensării în procedură a creanţei unui creditor cu aceea deţinută de debitor împotriva lui nu a fost prevăzută în mod permanent în reglementarea internă a insolvenţei.

În Codul comercial, de exemplu, în condiţiile reglementării doar a procedurii falimentului, (în cadrul sistemului de drept latin, în care compensarea este un mod de stingere a creanţelor, ce intervine automat, chiar dacă debitorii nu ar şti nimic despre aceasta), deschiderea acestei proceduri împiedica producerea ulterioară a compensării. Aceasta deoarece de la acel moment creditorul falitului îşi vedea dreptul său de creanţă transformat într-un drept la o cotă falimentară. Prin efectul falimentului, creditorii nu mai au dreptul să obţină creanţele lor în întregime ci doar atât cât li se va cuveni după lichidarea bunurilor debitorului. Prin urmare, dacă nu s-a produs compensarea anterior deschiderii procedurii falimentului, creditorii nu mai au altă cale decât să aştepte să vadă ce cotă li se va cuveni, plătind, însă, în întregime debitul pe care îl au faţă de falit.

În acelaşi timp, în sistemul de drept germanic compensarea era o garanţie (similară dreptului de retenţie) pe care o are o persoană care este şi creditor şi debitor faţă de o altă persoană, în sensul deţinerii unui drept de retenţie asupra sumelor pe care le datorează celeilalte persoane, până ce aceasta din urmă îi va achita creanţa. Aceasta în ideea că prima persoană are siguranţa că cealaltă îi va achita creanţa, dacă nu îi achită şi ea ceea ce îi datorează, păstrând suma pe care o are disponibilă pentru plata celuilalt până când acesta îi va plăti sau va interveni compensarea. În sistemul germanic se avea în vedere un principiu de

echitate, considerându-se inechitabil ca debitorul să primească de la o persoană debitul ce îi este datorat de aceasta, dar persoana respectivă, creditor al debitorului în procedura falimentului să nu primească de la debitor decât o cotă falimentară sau chiar nimic. Dispoziţiile Legii nr. 85/2006 au în vedere înlăturarea unei astfel de inechităţi.

Potrivit art. 52 din Legea nr. 85/2005, deschiderea procedurii insolvenţei nu afectează dreptul unui creditor de a invoca compensarea creanţei sale cu cea a debitorului asupra sa, atunci când condiţiile prevăzute de lege în materie de compensare legală sunt îndeplinite la data deschiderii procedurii.

Sunt câteva raţiuni pentru care dreptul la compensarea poate şi trebuie să fie prevăzut de o reglementare a insolvenţei. Astfel, o primă raţiune ţine de echitate: în ciuda importanţei egalităţii de tratament între creditori, se consideră că ar fi inechitabil ca debitorul să refuze să facă plata către creditor dar, în acelaşi timp, să insiste să îi fie plătită propria creanţă de către creditor. În plus, în condiţiile în care mulţi dintre cocontractanţii debitorului sunt bănci, dreptul la compensare este benefic în particular pentru sistemul bancar şi, faţă de rolul evident al băncilor în crearea creditului – ca motor al economiei, se consideră în acelaşi timp că este şi în beneficiul general al economiei. În virtutea funcţiilor ei esenţiale (împrumuturi/depozite), atunci când o bancă a împrumutat o persoană care ajuns apoi în procedura insolvenţei, va descoperi adeseori că este la rândul ei debitoare faţă de acea persoană, sub aspectul depozitelor pe care le-a constituit aceasta din urmă la banca respectivă. Dreptul la compensare după deschiderea procedurii va permite băncii să compenseze în mod egal, creanţele ei neplătite cu depozitele aparţinând debitorului în procedură. Aceasta deşi în mod normal creanţele reciproce nu sunt încă scadente şi, deci, plătibile dar trebuie avut în vedere că, de regulă, băncile au grijă să prevadă în contractele de împrumut că în cazul iminenţei de neplată tot ce datorează dintr-un credit un debitor va fi declarat scadent, exigibil în perioada imediat anterioară deschiderii procedurii. Exigibilitatea imediată era vizată şi în Codul comercial, dar dispoziţiile în acest sens nu au mai fost preluate în Legea nr. 64/1995 şi în Legea nr. 85/2006, motivul fiind acela că prin dispoziţiile lor aceste legi au atribuit, cel puţin sub aspect strict procedural, prioritate reorganizării judiciare. În

raport cu aceasta exigibilitatea imediată ar fi un avantaj neîndreptăţit pentru creditori şi un dezavantaj pentru debitor în calea reorganizării. Creanţele nescadente pot ajunge, însă, să participe în procedura falimentului.

Compensarea simplifică şi facilitează operaţiunile care ar interveni între părţile implicate: creditorul ar trebui să plătească debitorului şi invers, în timp ce compensarea permite efectuarea doar a unei plăţi, pentru diferenţa care depăşeşte compensarea sau chiar neefectuarea vreunei plăţi dacă creanţele reciproce sunt egale.

În practica judiciară s-a considerat adeseori că dispoziţiile art. 52 sunt în măsură să afecteze drepturile celorlalţi creditori din procedură, deoarece determină reducerea sumelor care vor fi distribuite acestora din urmă în procedura falimentului. Efectul menţionat al compensării în cadrul procedurii poate fi real în unele cazuri; într-un exemplu simplu, în care valoarea sumei de distribuit este de 1000 lei şi în tabelul obligaţiilor debitorului sunt înscrişi 2 creditori chirografari, fiecare cu o creanţă de câte 400 lei, iar creanţa debitorului faţă de unul dintre creditori este tot de 400 lei, nu se pune problema afectării dreptului celuilalt creditor la acoperirea creanţei, dar dacă cei doi creditori au fiecare o creanţă de câte 600 lei, iar creanţa debitorului faţă de unul dintre creditori este tot de 600 lei dacă unul dintre creditori obţine compensarea, atunci pentru plata celuilalt creditor mai rămân doar 400 lei, deşi în lipsa posibilităţii compensării prevăzută de art. 52 fiecare dintre creditori (care fac parte din aceeaşi categorie de creditori, deci au acelaşi drept la plata creanţei) ar fi avut dreptul la o cotă falimentară de câte 500 lei; sau, mai mult, dacă creanţa creditorului îndreptăţit la compensare este de 1100 lei, mai mare decât suma de 1000 lei existentă pentru distribuţie, iar creanţa debitorului faţă de creditorul respectiv este de 1000 lei, compensarea va opera în limita sumei de 1000 lei, iar un al doilea creditor nu mai primeşte nimic decât dacă se ajunge la plan, pentru că în cazul procedurii falimentului aceasta se închide în baza art. 132 alin. (2). Chiar dacă cele arătate nu înseamnă că dispoziţiile art. 52 ar fi neconstituţionale, deoarece în mod normal posibilitatea creditorului de a cere compensarea creanţei sale cu aceea a debitorului garantează dreptul de creanţă al creditorului asupra averii debitorului, în condiţiile în care textul de lege nu face nici o distincţie

asupra momentului din procedură la care poate să intervină (şi practic este o operaţiune care ţine de stabilirea masei credale, de întocmirea tabelului de creanţe), este evident că se creează, în mod similar prevederilor art. 39 (chiar de o manieră mai facilă) o altă ordine de preferinţă la distribuire decât aceea prevăzută în art. 121, 123 sau prin programul de plată din plan, deoarece practic prin compensare creanţa unui creditor poate fi acoperită chiar mai înainte de intervenirea planului sau de distribuirea din faliment.

Cu toate acestea, posibilitatea compensării se justifică, dat fiind că este prevăzută în procedură în ideea reparării unei inechităţi, astfel cum s-a arătat mai sus; intervine în mod automat; are caracter de garanţie pentru plata creanţei (dreptul de retenţie la care s-a făcut referire anterior este considerat în art. 53 o sarcină asupra bunului, o garanţie) şi, în plus, uşurează şi situaţia debitorului care, dacă creditorul nu ar dori să-şi achite creanţa, ar trebui să formuleze o acţiune în realizare, cu neajunsurile de rigoare.

În condiţiile în care compensarea constituie un mod de stingere a obligaţiei care duce la realizarea creanţei creditorului (şi care constă în stingerea a două obligaţii reciproce, până la concurenţa celei mai mici dintre ele), compensarea în cadrul procedurii poate crea impresia că ar fi un demers în realizarea unei creanţe, de natura celor prevăzute de art. 36 din lege dar a cărui operare este permisă în procedură, astfel că ar putea fi echivalată cu o excepţie de la suspendarea prevăzută de art. 36. Totuşi, nu poate fi vorba de o acţiune de genul celor prevăzute la art. 36, eventuala acţiune în constatarea îndeplinirii condiţiilor legale pentru operarea compensării nefiind una în realizare (cum se prevede expres în cuprinsul art. 36).

Pentru motivul că în textul de lege se prevede că dreptul la compensare este legat de îndeplinirea condiţiilor dreptului comun în această materie se consideră că dispoziţiile art. 52 nu vizează şi compensarea convenţională sau judecătorească (în cazul acestora cel puţin una dintre creanţe fiind incertă) ci doar compensarea legală. Reglementarea specială privind compensarea legală trebuie completată cu prevederile art. 1143-1144 C. civ., din care rezultă următoarele condiţii de îndeplinit: 1) ambele creanţe trebuie să fie certe, lichide şi exigibile; trebuie să fie vorba de creanţe anterioare deschiderii, cele anterioare nepu-

tându-se compensa cu cele ulterioare deschiderii (nici măcar cu cele născute în continuarea activității curente după deschidere), în acest sens trebuind să fie avut în vedere că textul de lege prevede expres posibilitatea compensării atunci când condițiile legale sunt îndeplinite la data deschiderii procedurii; 2) creanțele trebuie să fie reciproce, adică fiecare dintre persoanele implicate să fie totodată creditor și debitor una față de alta; 3) creanțele să aibă drept obiect sume de bani, în procedura insolvenței nepunându-se problema altor bunuri fungibile.

Compensația legală intervine automat, deci nu operează judecătorește; s-a susținut, însă, și că procedura de verificare a îndeplinirii condițiilor în care operează compensarea ar putea fi doar de natură jurisdicțională, ceea ce ar atrage reținerea acesteia în baza unei hotărâri prealabile a judecătorului sindic, care ar trebui sesizat în sensul respectiv de către practicianul în insolvență (și, prin urmare, acesta nu ar avea abilitarea de a constata compensarea). Considerăm că, dimpotrivă, în raport cu art. 65 alin. (1), art. 67 și art. 72, verificarea și cu privire la o astfel de garanție, cum este apreciată compensarea, intervine în sarcina practicianului, urmând ca acesta să țină cont la întocmirea tabelului preliminar și de măsura în care intervine sau nu compensarea; dacă nu ține cont sau modul în care o face nu convine creditorilor sau debitorului interesați în compensare, există posibilitatea formulării contestației, care va fi soluționată de judecătorul sindic. Intervenția judecătorului sindic nu înseamnă, însă, că ar fi vorba de o compensare judiciară pentru că, reamintim, verificarea și, deci, și contestația privesc o compensare legală. Din moment ce legea specială prevede antamarea compensării în contextul verificării, contestării creanțelor, nu este cazul să se aibă în vedere posibilitatea promovării unei acțiuni în acest sens în cadrul procedurii; de asemenea, dacă e vorba în lege doar de compensarea legală, nu poate fi vorba și de compensarea convențională sau judiciară, ci doar de declararea creanțelor și verificarea acestora, cu atât mai mult cu cât legea prevede că creditorul poate invoca compensarea într-un cadru procedural preexistent. Prin urmare, dreptul la compensare în Legea nr. 85/2006 are caracter limitat iar nu general, nefiind justificate demersuri sau acțiuni având ca obiect și o compensare convențională sau judiciară.

În cazul în care compensarea a intervenit înaintea deschiderii procedurii nu mai există creanță de declarat în procedură și deci nici nu se mai pune problema unei compensări.

În doctrină s-a apreciat că se poate face compensarea, dar în ordinea de preferință prevăzută de art. 123 din lege. Or, textul de lege nu prevede o astfel de condiție și practic o astfel de condiționare anulează dispozițiile legii în sine; în fapt ori se permite ori nu se permite compensarea, iar ordinea în care trebuie acceptate compensările este aceea a cererilor de compensare admise).

§20. Regimul aplicabil bunurilor înstrăinate în procedură (art. 53)

Potrivit art. 53 din Legea nr. 85/2006, bunurile înstrăinate de administratorul judiciar sau de lichidator, în exercițiul atribuțiilor sale prevăzute de prezenta lege, sunt dobândite libere de orice sarcini, precum ipoteci, garanții reale mobiliare sau drepturi de retenție, de orice fel, ori măsuri asigurătorii.

Prevederea legală în sensul înstrăinării bunurilor debitorului, în procedură, libere de sarcini urmărește să atragă încrederea cumpărătorilor, precum și siguranța circuitului civil. De asemenea, în cazul în care nu ar interveni o înstrăinare liberă de orice sarcini s-ar putea menține și o anumită confuzie în legătură cu modul în care s-a realizat acoperirea pasivului debitorului ca scop al procedurii potrivit regulilor instituite prin legea specială. Dispozițiile în acest sens intervin atât în procedura generală cât și în procedura simplificată, în aplicarea planului confirmat sau al valorificării bunurilor debitorului în faliment. Din moment ce textul de lege nu face nici o distincție, prevederea referitoare la efectuarea înstrăinării bunurilor de către practician, libere de sarcini este aplicabilă și în orice altă ipoteză similară din procedură, de exemplu în cazul bunurilor înstrăinate în timpul continuării activității curente, dacă situația este aceea în care înstrăinarea este făcută de practician.

Textul de lege are în vedere degrevarea de sarcini, în sensul în care sunt enumerate, de orice fel, iar nu doar drepturi de retenție de orice fel, în același sens intervenind și interpretarea art. 39 alin. (1) din lege.

Degrevarea de sarcini a bunurilor intervine la momentul încheierii actului de înstrăinare, după cum rezultă din interpretarea textului de lege.

Este recomandabil ca mențiunea în sensul că bunurile sunt înstrăinate libere de orice sarcini să fie inclusă în cuprinsul actului, cu atât mai mult cu cât nu întotdeauna unele sarcini pot fi cunoscute în timpul derulării procedurii. Este de precizat că efectul înstrăinării libere de orice sarcini intervine în baza legii, de drept, astfel că neefectuarea mențiunii respective în cuprinsul actului de înstrăinare nu înlătură efectul respectiv.

În baza actului doveditor al înstrăinării sarcinile existente asupra bunului vor fi radiate din registrele în care au fost înregistrate, în care sunt identificate bunurile. Demersul în acest sens și cheltuielile aferente revin persoanelor prevăzute prin normele specifice aplicabile sub aspectul respectiv, iar nu în mod obligatoriu practicianului în insolvență, prevederile art. 122 alin. (2) sau o altă prevedere din Legea nr. 85/2006 neputând fi interpretate obligatoriu în acest sens și neputându-se nici încărca cheltuielile de administrare a procedurii cu sume a căror plată ar reveni legal cumpărătorului. Dar, desigur practicianul are cel puțin obligația de a urmări, de a supraveghea încheierea și a unor astfel de formalități privind înstrăinarea propriu-zisă, pentru a se asigura de finalizarea acesteia, cu atât mai mult cu cât potrivit dreptului comun, de multe ori demersul respectiv reprezintă și momentul de la care intervine degrevarea bunurilor de sarcini; de exemplu, în cazul adjudecării bunurilor prin executarea silită, dispozițiile art. 518 C. proc. civ. prevăd că imobilul rămâne liber de sarcini de la data intabulării. Regimul juridic aplicabil în astfel de ipoteze se stabilește în raport cu caracterul special, de aplicare prioritară a prevederilor din Legea nr. 85/2006 în mod derogatoriu de la dreptul comun sau în raport cu dispozițiile art. 149 din lege, în măsura compatibilității.

În doctrină s-a arătat că în cazul unor modalități de plată mai complexe, cum ar fi contul „*escrow*" plata efectivă intervine după prezentarea cărților funciare în care s-au radiat sarcinile, radierea neputând-se refuza de către notar din moment ce plata în acea modalitate a fost dispusă printr-o hotărâre judecătorească.

Capitolul II
Primele măsuri (perioada de observaţie)

Secţiunea 1. Perioada de observaţie. Aspecte generale

Potrivit art. 3 pct. 15 din Legea nr. 85/2006, perioada de observaţie este perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii şi data confirmării planului sau, după caz, a intrării în faliment.

Actele de procedură prevăzute a fi efectuate în cadrul perioadei de observaţie sunt reglementate îndeosebi în Capitolul 3, Secţiunea a 2-a şi Secţiunea a 3-a din cuprinsul Legii nr. 85/2006, dar relevanţă sub acest aspect au şi alte dispoziţii din economia acestei legi.

Perioada cuprinsă între deschiderea procedurii şi admiterea planului sau trecerea la faliment, denumită în legea actuală „perioada de observaţie" se regăsea în fapt, prin unele elemente componente şi în reglementarea anterioară privind materia insolvenţei (Legea nr. 64/1995), fără, însă, să fie individualizată ca atare sub aspect juridic, ci drept o aşa-zisă „fază de observaţie"; instituţionalizarea juridică şi dezvoltarea reglementării cu privire la această perioadă s-a datorat, în legea nouă, în primul rând introducerii prevederilor referitoare la procedura simplificată, ca modalitate de derulare distinctă a procedurii insolvenţei, alături de procedura generală.

În perioada de observaţie trebuie să se deruleze sau se pot derula o serie de acte de procedură care privesc, în majoritatea lor, aspecte esenţiale ale procedurii insolvenţei, cum ar fi:

- notificarea creditorilor referitoare la termenele procedurale stabilite prin hotărârea de deschidere privind, în primul rând, depunerea declaraţiilor de creanţă şi, în raport cu verificarea creanţelor, stabilirea masei credale şi reflectarea acesteia în tabelele de creanţe.

- examinarea, de către administratorul judiciar, a situaţiei de fapt a debitorului (îndeosebi prin rapoartele prevăzute de art. 20 alin. (1) lit. a), art. 54 alin. (1), art. 59) sub aspect patrimonial, economic, în ceea ce priveşte şansele de reorganizare sau măsura în care se impune trecerea la faliment, în legătură cu cauzele şi împrejurările apariţiei insolvenţei sau cu persoanelor cărora le-ar fi imputabilă, referitor la posibilităţile de readucere la masa activă a unor bunuri înstrăinate de debitor etc.

În funcţie de acestea se va putea determina direcţia de derulare a procedurii în sensul celei mai adecvate şi oportune modalităţi procedurale, din punct de vedere faptic şi legal, pentru atingerea scopului prevăzut de art. 2 din lege, se va urmări reîntregirea şi delimitarea averii debitorului, stabilirea răspunderii patrimoniale a membrilor organelor de conducere ale debitorului etc.

- ridicarea dreptului de administrare al debitorului, dacă aceasta nu s-a dispus prin hotărârea de deschidere a procedurii.

- iniţierea formulării de acţiuni în anularea transferurilor frauduloase efectuate de debitor din averea proprie, în perioada „suspectă" (art. 79-80) sau în temeiul art. 46 din lege, în scopul maximizării averii debitorului şi delimitării masei active, precum şi de acţiuni în atragerea răspunderii patrimoniale a organelor de conducere ale debitorului.

- continuarea activităţii curente a debitorului.

- întocmirea, adoptarea şi confirmarea unui plan de reorganizare a debitorului.

Strict în raport cu definiţia din art. 3 pct. 15, perioada de observaţie poate fi aferentă doar procedurii generale, pentru că doar în cazul acesteia poate interveni confirmarea unui plan sau intrarea (trecerea) în faliment după deschiderea procedurii.

În ceea ce priveşte procedura simplificată, pentru derularea acesteia perioada de observaţie nu este prevăzută prin dispoziţii legale clare, ceea ce este de natură să ridice semne de întrebare referitor la existenţa perioadei respective, sub aspect instituţional juridic, în cadrul procedurii în discuţie. Trebuie avut, însă, în vedere că specificul procedurii simplificate nu este lipsa tuturor elementelor perioadei de observaţie, ci lipsa planului şi a perioadei de reorganizare. În fapt, în procedura simplificată, trebuie să se regăsească şi se pot regăsi unele elemente ale perioadei de observaţie, care sunt în mod inerent necesare pentru

pregătirea atât a procedurii de reorganizare judiciară, cât şi a procedurii de faliment şi, într-o măsură mai redusă, chiar şi pentru acţiunile întemeiate pe dispoziţiile art. 79-80 şi 138 din lege. Oricum, conţinutul perioadei de observaţie este mai extins decât lasă să se înţeleagă denumirea acesteia, fiind vorba de acte procedurale mai mult decât de observaţie (cum sunt raportul de 30 de zile şi cel de 60 de zile de la deschiderea procedurii). Astfel de acte de procedură, care se regăsesc nu numai în cazul perioadei de observaţie din procedura generală, dar trebuie să se regăsească în mod necesar şi în procedura simplificată sunt sau pot fi: notificarea creditorilor, stabilirea masei credale, iniţierea acţiunilor în anularea transferurilor frauduloase sau a acţiunilor în temeiul art. 138 din lege, menţinerea sau denunţarea unor contracte încheiate de debitor etc. În doctrină se apreciază, în general, că există şi în procedura simplificată o aşa-zisă „perioadă de observaţie" dar durata acesteia ar fi limitată la maxim 60 de zile, probabil pe motivul că prin art. 25 se prevede în sarcina lichidatorului doar raportul de 60 de zile iar nu şi cel de 30 de zile. Considerăm că nu se justifică recurgerea la astfel de susţineri tranşante privind durata, din moment ce scopul perioadei de observaţie nu este doar acela al direcţionării procedurii generale spre una din modalităţile procedurale concrete; legea nu exclude ci prevede expres, în procedura simplificată, elemente specifice perioadei de observaţie cum sunt cele enumerate anterior. Exemplificăm prin ipoteza în care în urma deschiderii procedurii simplificate, dacă se antamează vânzarea în bloc, ca un ansamblu funcţional a bunurilor debitorului, este mai profitabil pentru averea debitorului să se menţină în stare de funcţionare instalaţiile respective, ceea ce este de natură să atragă o creştere a preţului de vânzare, aceasta reclamând, însă, continuarea executării unor contracte adică, practic, o continuare a activităţii curente, deşi aceasta nu este prevăzută cu caracter instituţional expres decât pentru perioada de observaţie propriu-zisă în condiţiile prevăzute de art. 49 din lege.

De reţinut în acelaşi sens şi faptul că din formularea dispoziţiilor art. 3 pct. 16 teza finală din Legea nr. 85/2006 rezultă că între data deschiderii procedurii simplificate şi data intrării în faliment intervine o anumită perioadă de timp, în cursul căreia pot apare creanţe noi, distincte de cele anterioare deschiderii procedurii (simplificate). Ceea ce

poate induce în eroare la dispoziţiile art. 3 pct. 16 nu este conţinutul reglementării, ci formularea textului de lege din care s-ar putea înţelege greşit că după deschiderea procedurii simplificate ar urma şi un moment distinct al intrării în faliment. La o astfel de înţelegere contribuie şi formularea art. 3 pct. 25, privind definiţia procedurii simplificate, care exprimă ipoteza intrării în faliment „fie şi după o perioadă de observaţie de maximum 60 de zile, perioadă în care vor fi analizate elementele arătate la art. 1 alin. (2) lit. c) şi d)", fără să se precizeze că această ipoteză priveşte intrarea în faliment (deci în procedura simplificată) după ce iniţial în cauză s-a deschis procedura generală, aşa cum rezultă din coroborarea cu dispoziţiile art. 3 pct. 24 din lege. În realitate, dincolo de terminologia neunitară utilizată în economia legii, procedura simplificată înseamnă procedura falimentului, iar intrarea în procedura falimentului este avută în vedere de legiuitor în două ipoteze: 1) odată cu deschiderea procedurii simplificate ca urmare a admiterii cererii introductive; 2) în cadrul derulării procedurii generale deschisă iniţial, în mai multe cazuri posibile, cum ar fi cele prevăzute de art. 47 alin. (5), art. 54 sau 59, art. 107, iar nu doar în raport cu analiza condiţiilor prevăzute de art. 1 alin. (2) lit. c) şi d) cum s-ar putea înţelege din prevederile art. 3 pct. 25 din lege.

Chiar şi sub reglementarea Codului comercial a procedurii falimentului se aprecia că încetarea bruscă a comerţului poate pricinui pagube grave şi iremediabile inclusiv creditorilor concursuali, iar pentru prevenirea lor, deşi s-a trecut la faliment, se impune ca debitorul să-şi poată continua activitatea, dacă este necesar, luându-se desigur anume precauţiuni. Bineînţeles, în condiţiile continuării activităţii, a desfăşurării comerţului, lichidarea era una lentă, bunurile debitorului valorificându-se după cum o cerea continuarea activităţii. Pentru continuarea comerţului trebuia acordul majorităţii creditorilor verificaţi, pentru că se făcea în primul rând în interesul lor, creditorii fiind cei care stabileau durata şi condiţiile continuării activităţii sau persoana responsabilă. Se avea în vedere şi efectuarea publicităţii necesare pentru terţi, iar hotărârea creditorilor trebuia aprobată de judecătorul sindic sau, până la constituirea masei credale, era suficientă doar autorizarea judecătorului sindic. Evident, lichidarea bunurilor pentru plata creanţelor era suspendată.

*

În cuprinsul capitolului de faţă vor fi analizate elemente ale perioadei de observaţie, în cadrul procedurii generale iar nu în contextul procedurii simplificate, pentru că aceasta din urmă se justifică a fi analizată odată cu procedura falimentului, care va constitui obiectul unei alte lucrări decât aceea de faţă. De asemenea, nu se vor avea în vedere aspectele procedurale legate de întocmirea, adoptarea şi confirmarea planului de reorganizare, care trebuie analizate în contextul procedurii de reorganizare şi nici cele privind menţinerea/denunţarea unor acte sau acţiunile în anularea unor acte încheiate de debitor, care au făcut obiectul unei lucrări anterioare. În legătură cu stabilirea masei active nu se vor analiza aici în detaliu sigilarea, inventarierea şi evaluarea bunurilor debitorului pentru că acestea sunt supuse reglementării în cadrul procedurii falimentului.

În concret în capitolul de faţă vor fi analizate actele de procedură privind examinarea situaţiei de fapt a debitorului şi cele privind stabilirea masei credale (procedura de verificare a creanţelor), specifice perioadei de observaţie.

Secţiunea a 2-a. Examinarea situaţiei debitorului

§1. Raportul de 30 de zile (art. 54)

Potrivit art. 54 din Legea nr. 85/2006:

(1) Administratorul judiciar va întocmi şi va supune judecătorului sindic, în termenul stabilit de acesta, care nu va depăşi 30 de zile de la desemnarea sa, un raport prin care să propună fie intrarea în procedura simplificată, fie continuarea procedurii de observaţie din procedura generală.

(2) Raportul va indica dacă debitorul se încadrează în criteriile prevăzute la art. 1 alin. (2) şi, în consecinţă, trebuie supus procedurii simplificate prevăzute de prezenta lege, caz în care va cuprinde documentele doveditoare şi propunerea de intrare în faliment în procedura simplificată. Administratorul judiciar va notifica propunerea

de intrare în faliment prin procedura simplificată creditorilor care au depus cererea introductivă şi debitorului, prin administratorul special, depunând la instanţă, odată cu cererea, dovada îndeplinirii procedurii de notificare.

(3) Judecătorul sindic va supune propunerea prevăzută la alin. (2), privind intrarea în faliment a debitorului, în procedura simplificată, dezbaterii părţilor într-o şedinţă publică care va avea loc în maxim 20 de zile de la primirea raportului administratorului judiciar.

(4) În cadrul şedinţei de judecată prevăzute la alin. (3) judecătorul sindic, după ascultarea părţilor interesate, va da o sentinţă prin care va aproba sau va respinge, după caz, concluziile raportului supus dezbaterii.

(5) În cazul aprobării raportului prevăzut la alin. (4), judecătorul sindic va decide, prin aceeaşi sentinţă, intrarea în faliment a debitorului, în condiţiile art. 107 alin. (1) lit. D).

Potrivit 20 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 85/2006, raportul prevăzut la art. 54 alin. (1) din lege se întocmeşte „...în urma examinării situaţiei economice a debitorului şi a documentelor depuse conform art. 28 şi 35".

Raportul prevăzut de art. 54 din lege constituie prima analiză a situaţiei economice şi juridice a debitorului efectuată de practicianul în insolvenţă desemnat într-o cauză, fără a se confunda în mod obligatoriu cu primul raport lunar de activitate al acestuia.

În urma deschiderii procedurii generale, după o judecată în care de multe ori debitorul a fost citat legal dar prin modalitatea afişării şi nici un reprezentant al acestuia nu s-a prezentat în instanţă sau nu a depus niciun înscris la dosar, se poate constata că sediul debitorului nu mai există în fapt sau nu corespunde adresei menţionate în registrul comerţului, că administratorul statutar nu poate fi găsit, că actele contabile nu au fost depuse integral sau parţial în termenul legal potrivit art. 35 şi, ca şi actele constitutive, nu pot fi găsite, că debitorul a fost dizolvat sau nu este îndreptăţit legal să beneficieze de reorganizare. Astfel de situaţii justifică fiecare derularea procedurii doar în forma simplificată şi dacă se constată intervenirea acestora se impune să nu mai continue procedura generală abia deschisă ci să se treacă la procedura falimentului.

În raport doar cu menţiunile din alin. (1) şi (2) ale art. 54 ar rezulta că propunerea de intrare în procedura simplificată sau de continuare a perioadei de observaţie din procedura generală s-ar raporta doar la eventuala încadrare a debitorului în criteriile prevăzute la art. 1 alin. (2) din lege. Însă, în raport cu completarea referitoare la acest raport astfel cum rezultă din dispoziţiile art. 20 alin. (1) lit. a), rezultă că administratorul judiciar va face propunerea în discuţie bazându-se şi pe examinarea sub aspect economic a debitorului, cum rezultă aceasta în primul rând din documentele la care se referă art. 28 şi 35 din lege. Examinarea sub aspect economic va fi, cel mai probabil, de ordin general, având-se la dispoziţie doar 30 de zile (şi în condiţiile în care detalierea urmează să se realizeze în mod necesar prin raportul de 60 de zile) şi va avea în vedere, în principal, obiectul activităţii desfăşurate, reflectarea patrimoniului debitorului în bilanţul contabil şi celelalte evidenţe contabile, inclusiv în contul de profit şi pierderi, activitatea şi indicatorii economici în ultimii ani etc.

Dispoziţiile art. 54 alin. (1) prevăd depunerea la dosar a raportului într-un termen stabilit de judecătorul sindic, care nu poate depăşi 30 de zile de la desemnarea administratorului judiciar (termenul curge distinct pentru administratorul judiciar provizoriu, respectiv, pentru cel definitiv, de la data desemnării fiecăruia). Aparent formularea textului de lege nu ar permite depăşirea termenului de 30 de zile dar, în practică, situaţiile complexe care pot fi întâlnite pot justifica astfel de depăşiri (şi genera prelungiri ale termenului chiar de către judecătorul sindic, de exemplu pentru completarea raportului, în cazul în care nu este relevant), ceea ce califică, totuşi, termenul ca fiind de recomandare, trebuind, desigur, să se urmărească respectarea principiului celerităţii.

La raport trebuie să se anexeze toate înscrisurile care dovedesc susţinerile din cuprinsul lui, având în vedere că raportul poate fi contestat în baza art. 21 din lege şi pentru că eventuala trecere la faliment se va fundamenta nu pe simpla susţinere a practicianului în acest sens, ci pe dovezile privind această susţinere.

Raportul va propune fie trecerea la faliment fie continuarea perioadei de observaţie (deci a procedurii generale). Dacă se propune continuarea perioadei de observaţie prin raport, această propunere nu se va supune dezbaterii părţilor, deoarece implicit se continuă procedura

generală a cărei deschidere s-a dispus deja în urma unei judecăţi finalizate printr-o hotărâre judecătorească. De aceea nu se pune problema ca în cuprinsul raportului să se facă şi o analiză referitor la şansele de reorganizare ale debitorului; acest aspect este prevăzut expres doar pentru raportul prevăzut de art. 59 din lege. Dacă se propune trecerea la faliment, prevederile alin. (3)-(5) din art. 54 indică procedura de urmat pentru admiterea sau respingerea propunerii respective, care vor trebui să fie aplicate ca atare; fiind vorba, potrivit acestor prevederi, de ţinerea unei şedinţe publice, părţile interesate - debitorul şi creditorul titular al cererii introductive, vor fi obligatoriu citate, judecata realizându-se în contradictoriu.

În raport cu dispoziţiile art. 54 alin. (2) teza II din Legea nr. 85/2006, administratorul judiciar trebuie să notifice creditorilor titulari ai cererii introductive, precum şi debitorului propunerea de intrare în faliment prin procedura simplificată şi aceasta chiar dacă propunerea se face, de obicei, în cuprinsul unui raport de activitate. Neefectuarea în mod legal a notificării echivalează cu necomunicarea cererii de sesizare, ceea ce atrage aplicarea dispoziţiilor art. 106 C. proc. civ., în sensul reluării procedurii insolvenţei începând cu refacerea actului de notificare în discuţie.

Raportul poate conţine şi menţiunea lipsei bunurilor debitorului, în măsură să atragă închiderea procedurii în temeiul art. 131 din lege, sesizarea judecătorului sindic în acest sens putându-se face în orice stadiu al procedurii (dar nu şi în orice ipoteză – de exemplu, dacă debitorul deţine bunuri şi se trece la procedura falimentului, iar bunurile sunt efectiv lichidate, procedura va trebui finalizată conform art. 132 alin. (2), art. 133 iar nu potrivit art. 131). De asemenea, trebuie precizat că raportul în discuţie nu se întocmeşte şi de lichidator în procedura simplificată, în care se prevede doar întocmirea raportului prevăzut de art. 59, în mod adecvat referitor la unele elemente de conţinut, dar în detaliu în ceea ce priveşte analiza situaţiei economice a debitorului.

§2. Reconstituirea documentelor debitorului

Potrivit art. 55 din Legea nr. 85/2006:

Ulterior intrării în procedura simplificată, în cazul în care documentele prevăzute la art. 28 alin. (1) lit. b)-e) şi i) nu sunt prezentate de

debitor, lichidatorul desemnat va reconstitui, în măsura posibilului, acele documente, cheltuielile astfel efectuate urmând a fi suportate de averea debitorului.

Debitorul trebuie să depună documentele prevăzute de art. 28 alin. (1) în raport cu prevederile art. 27, 28 şi 35 din lege, dar obligaţia sub acest aspect rămâne neîndeplinită într-o mare parte a cauzelor având ca obiect procedura insolvenţei, ceea ce justifică efectuarea demersurilor necesare reconstituirii documentelor respective.

Reconstituirea este prevăzută legal în mod expres ca o atribuţie obligatorie pentru lichidator, astfel că nu trebuie dispusă obligatoriu şi de către judecătorul sindic. În scopul reconstituirii se pot folosi orice fel de probe, făcându-se aplicarea dispoziţiilor art. 44, 56, 58 din lege.

Dispoziţiile art. 55 prevăd reconstituirea, în măsura posibilităţilor, doar a documentelor la care se referă art. 28 alin. (1) lit. b)-e) şi i), iar nu şi a unor documente cum ar fi bilanţul contabil, a balanţei de verificare pentru luna precedentă datei înregistrării cererii de deschidere a procedurii, contul de profit şi pierderi pe anul anterior depunerii cererii introductive, chiar dacă şi acestea sunt prevăzute la art. 28 alin. (1) lit. a), f) şi trebuie depuse de către debitor potrivit art. 28 respectiv 35.

Anterior, sub reglementarea Codului comercial era prevăzută şi reconstituirea/completarea bilanţului contabil; se mai prevedea şi examinarea registrelor debitorului de către judecătorul sindic şi închiderea acestora în faţa lui; în prezent registrele nici nu mai trebuie depuse, potrivit art. 28 din lege.

Sub aspectul facilitării demersurilor necesare pentru reconstituirea documentelor debitorului trebuie să se recurgă şi la aplicarea prevederilor art. 44, 56, 58 din lege.

Nedepunerea şi nereconstituirea unor astfel de documente contabile lipseşte de fundamentare eventuala formulare a acţiunilor în anularea unor transferuri frauduloase sau a acţiunilor întemeiate pe dispoziţiile art. 138 etc. şi este de natură să confere chiar un aspect de inechitate reglementării legale a procedurii insolvenţei. Aceasta cu atât mai mult cu cât, de exemplu, simpla nedepunere a documentelor nu poate fi echivalată în mod obligatoriu cu fapta de neţinere a contabilităţii în conformitate cu legea, legiuitorul neavând în vedere o eventuală prezumţie în acest sens, astfel cum nejustificat se mai susţine încă, în doctrina şi practica judiciară.

Potrivit art. 147 din lege, refuzul depunerii documentelor şi informaţiilor prevăzute de art. 28 alin. (1) lit. a)-f) constituie infracţiune.

Unele referiri cu privire la refacerea documentelor debitorului, pe care nu le mai reiterăm aici, s-au făcut şi în contextul analizei dispoziţiilor art. 35 din lege.

§3. Concursul creditorilor/debitorului la derularea procedurii (art. 56)

Potrivit art. 56 din Legea nr. 85/2006:

Pentru celeritatea procedurii de insolvenţă, în condiţiile art. 1 alin. (2) lit. c) sau d) instanţa poate stabili, pentru creditorul care a solicitat deschiderea procedurii de insolvenţă sau administratorul judiciar desemnat, îndatoriri în ceea ce priveşte prezentarea probelor cu înscrisuri, relaţii scrise, poate solicita la interogatoriu persoanele identificate ca făcând parte din administraţia societăţii, poate solicita asistenţa şi concursul acestora la efectuarea actelor de procedură, precum şi orice alte demersuri necesare soluţionării cauzei.

În lipsa actelor prevăzute de art. 28 alin. (1) lit. b)-e), nedepuse de debitor, faţă de importanţa lor pentru derularea procedurii judecătorul sindic poate stabili în sarcina creditorului titular al cererii introductive admise sau a administratorului judiciar, a unor îndatoriri, în sensul prezentării de probe constând în înscrisuri, de relaţii scrise etc. şi al efectuării oricăror alte demersuri necesare soluţionării cauzei, indiferent dacă debitorul este persoană fizică sau juridică. Sub acest aspect textul de lege are în vedere ipoteza deschiderii procedurii la cererea creditorului.

Textul prevede chiar posibilitatea interogării persoanelor din administraţia societăţii debitoare de către instanţă, care poate solicita concursul şi asistenţa acestor persoane la efectuarea actelor de procedură, precum şi pentru alte demersuri necesare soluţionării cauzei. Relevant poate fi rolul reprezentanţilor anteriori ai debitorului (director, contabil etc.) care în timp au ţinut relaţia cu creditorul şi pot da informaţii utile referitor la măsura în care există sau nu creanţa acestuia etc.

În ceea ce priveşte administratorul judiciar, oricum, potrivit art. 20 alin. (2), judecătorul sindic avea posibilitatea să-i stabilească acestuia şi

alte atribuţii decât cele din art. 20 alin. (1), dar dispoziţiile art. 56 comportă un caracter specific.

Interesante, dar nu surprinzătoare sunt, însă, dispoziţiile art. 56 referitoare la posibilitatea stabilirii de către instanţă a unor îndatoriri pentru creditor şi persoanele din administraţia debitorului. Aparent textul de lege dă impresia că legiuitorul ar fi avut în vedere de fapt stabilirea de îndatoriri doar creditorului, dar nu este decât o aparenţă. În sensul art. 56, legiuitorul a avut în vedere ca în lipsa unor documente pe care nu le-a depus debitorul, să se poată obţine şi contribuţia creditorului la obţinerea unor date şi informaţii necesare pentru asigurarea continuării procedurii, acesta putând să participe în primul rând la suplinirea lipsei menţionate, în condiţiile în care de multe ori deţine acte sau informaţii privind creanţele contra debitorului, în baza cărora se pot reconstitui documentele nedepuse; sau, potrivit art. 131, în lipsa sumelor necesare pentru continuarea administrării procedurii, creditorul are latitudinea de a contribui chiar el cu sumele necesare în acest scop şi, în plus, personalul societăţii creditoare poate contribui la facilitarea efectuării unor acte de procedură etc. Din moment ce derularea procedurii intervine în primul rând în interesul creditorilor este firesc să fie cooptaţi aceştia, dacă este necesar, la asigurarea derulării procedurii; de exemplu, creditorii pot obţine mai rapid o informaţie despre debitor de la registrul comerţului. Nu trebuie uitat, însă, că nici creditorii în sine şi nici comitetul acestora nu constituie organe de aplicare a procedurii, astfel că prin dispoziţiile art. 56 nu se puteau avea în vedere îndatoriri de natura celor care revin organelor respective. Cooptarea creditorilor trebuie să se limiteze la aspecte de fapt, referitoare îndeosebi la acte şi informaţii despre debitor, la facilitarea actelor de procedură etc. de natură a servi continuării procedurii. Neîndeplinirea îndatoririlor stabilite nu va conduce la suspendarea procedurii, nici în raport cu art. 155^1 C. proc. civ., ci, în cazul administratorului judiciar la o eventuala sancţionare, inclusiv înlocuire, iar în cazul creditorilor la amânarea cauzei, la aprecierea neprobării cererii lor cu consecinţa respingerii, a închiderii procedurii etc., după caz.

În ceea ce priveşte debitorul, textul are în vedere solicitarea la interogatoriu a persoanelor din administraţia societăţii; în doctrină s-a susţinut că sub acest aspect ar fi vorba nu de societatea debitoare ci de

societatea creditoare. Nu excludem această interpretare, dar trebuie avut în vedere în mod hotărâtor pentru interpretarea valabilă a textului de lege, că legiuitorul a mai folosit în cuprinsul Legii nr. 85/2006 termenul „societate" pentru debitor iar nu pentru creditor (de exemplu, în cuprinsul art. 58). De altfel, în procedură se poate apela la creditor ca atare, iar nu prin persoanele din administraţia lui; desigur, se poate suspecta că persoanele din administraţia debitorului pot avea în fapt un interes contrar asigurării derulării procedurii, dar interogarea acestora rămâne un demers cu relevanţă chiar şi în această situaţie: poate indica dacă s-au ţinut documentele contabile, dacă au fost distruse, sustrase, dacă se refuză depunerea lor, ceea ce constituie aspecte importante pentru eventuale acţiuni promovate în baza art. 79 - 80, art. 138 din lege.

Sintagma „poate solicita asistenţa şi concursul acestora.... pentru soluţionării cauzei" din cuprinsul art. 56 se referă nu numai la persoanele din administraţia debitorului ci la toţi cei enumeraţi în textul de lege în sensul că li se pot stabili îndatoriri, deci şi la administratorul judiciar, respectiv la creditorul care a depus cererea introductivă. De asemenea, apreciem că dincolo de formularea expresă a dispoziţiilor art. 56, acestea sunt aplicabile în cazul deschiderii procedurii atât la cererea creditorului cât şi la cererea debitorului, pentru identitate de raţiune şi scop.

§4. Cazuri de efectuare a actelor de procedură exclusiv prin publicarea în Buletinului procedurilor de insolvenţă (art. 57)

Potrivit art. 57 din Legea nr. 85/ 2006:

Atunci când la sediul înregistrat în registrul comerţului debitorul nu mai desfăşoară activitate, iar creditorul care a introdus cererea de deschidere a procedurii nu cunoaşte un alt sediu, punct de lucru de desfăşurare a activităţii, şi după ascultarea raportului administratorului judiciar prevăzut la art. 54, prin care se constată că debitorul se găseşte în una dintre categoriile prevăzute la art. 1 alin. (2) lit. c) sau d), comunicarea, notificarea oricărui act de procedură faţă de debitor, inclusiv a celor privind deschiderea procedurii, se va efectua numai prin Buletinul procedurilor de insolvenţă.

În unele cazuri la sediul social al debitorului înregistrat la registrul comerţului nu se mai desfăşoară nici o activitate. Dacă din relaţiile de la registrul comerţului sau din ceea ce cunoaşte creditorul titular al cererii introductive rezultă un alt sediu sau punct de lucru, pentru efectuarea potrivit legii a comunicării, notificării actelor de procedură se vor avea în vedere adresele acestora din urmă, dar dacă nu rezultă nici un alt sediu sau punct de lucru şi chiar practicianul a indicat în raportul de 30 de zile că debitorul se află în una dintre categoriile debitori prevăzute la art. 1 alin. (2) lit. c) şi d), comunicarea şi notificarea oricărui act de procedură, faţă de debitor (nu şi faţă de alte părţi) inclusiv notificarea deschiderii procedurii prevăzută la art. 61 se vor efectua exclusiv prin Buletinul procedurilor de insolvenţă; în mod necesar, concluzia în acest sens se referă inclusiv la citarea părţilor.

În practica şi doctrina juridică încă se mai susţine, în contextul art. 57, printr-o interpretare eronată, că potrivit Deciziei nr. 1137/2007 a Curţii Constituţionale, prima comunicare a actelor de procedură se va face potrivit Codului de procedură civilă. În realitate, decizia respectivă prevede obligativitatea unei astfel de prime comunicări în cazul unor anumite acţiuni, deci nu i se poate reţine aplicabilitatea şi în privinţa comunicărilor actelor de procedură în procedura propriu-zisă, care nu se confundă cu eventualele acţiuni distincte din cuprinsul acesteia.

§5. Solicitarea de la autorităţi a relaţiilor despre debitor (art. 58)

Potrivit art. 58 din Legea nr. 85/2006: „În aplicarea prevederilor art. 54-57, administratorul judiciar va solicita relaţii privind sediul social al societăţii şi date privind administrarea societăţii, relaţii privind bunurile patrimoniale şi documentele privind activitatea societăţii de la autorităţile care deţin sau ar putea să deţină informaţiile solicitate".

Pentru aplicarea art. 54-57, a căror finalitate este respectarea principiului administrării cu celeritate a procedurii şi scăderea cheltuielilor sau timpului necesar derulării acesteia, practicianul în insolvenţă poate solicita orice informaţii necesare de la autorităţile care deţin sau ar putea să deţină informaţiile solicitate (Oficiul registrului comerţului (O.R.C.) sau al Registrului asociaţiilor şi fundaţiilor, Direcţiei Impozite şi

Taxe Locale (D.I.T.L.), Administraţia Finanţelor Publice (A.F.P.), Oficiul de carte funciară, arhiva electronică etc.). Dacă autorităţile solicitate nu răspund, practicianul poate solicita emiterea unei adrese în sensul respectiv de către instanţă, care, în cazul că nu primeşte răspuns, poate face aplicarea art. 108^1 alin. (2) lit. f) C. proc. civ.

§6. Raportul de 60 de zile. Propunerea privind trecerea la faliment (art. 59, art. 60)

Potrivit art. 59 din Legea nr. 85/2006 în forma iniţială :

(1) Administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul în cazul procedurii simplificate, va întocmi şi va supune judecătorului sindic, în termenul stabilit de judecătorul sindic, dar care nu va putea depăşi 60 de zile de la desemnarea sa, un raport asupra cauzelor şi împrejurărilor care au dus la apariţia insolvenţei debitorului, cu menţionarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă.

(2) În cazul în care debitorul nu se încadrează în criteriile prevăzute la art. 1 alin. (2), raportul va indica dacă există o posibilitate reală de reorganizare efectivă a activităţii debitorului ori, după caz, motivele care nu permit reorganizarea şi, în acest caz, va propune intrarea în faliment.

(3) În cazul în care, prin raportul său, administratorul judiciar arată că activitatea debitorului poate fi redresată pe baza unui plan de reorganizate judiciară, acesta va trebui să precizeze dacă recomandă ca planul să fie cel propus de debitor, dacă, la cererea debitorului colaborează la întocmirea acelui plan ori dacă intenţionează să propună un alt plan singur sau împreună cu unul ori mai mulţi creditori.

(4) Propunerea privind intrarea în faliment a debitorului, în procedura generală prevăzută la alin. (2), va fi supusă aprobării adunării generale a creditorilor la prima şedinţă a acesteia.

(5) În cazul în care raportul administratorului judiciar va face propunerea de intrare în faliment, judecătorul sindic va dispune, în termen de 3 zile de la primirea raportului, publicarea unui anunţ referitor la raport în Buletinul procedurilor de insolvenţă, cu indicarea datei adunării creditorilor, într-un termen de maxim de 10 zile de la expirarea termenului

prevăzut la art. 62 alin. (1) lit. e), la care va supune votului adunării creditorilor propunerea administratorului judiciar şi punctul de vedere al comitetului creditorilor asupra acesteia.

(Prin Legea nr. 277/2009 dispoziţiile alin. (5) al art. 59 au fost modificate astfel: în cazul în care raportul administratorului judiciar va face propunerea de intrare în faliment, acesta va publica un anunţ referitor la raport în Buletinul procedurilor de insolvenţă, cu indicarea datei primei adunări a creditorilor, sau va convoca adunarea creditorilor, dacă raportul va fi depus după data primei adunări. La această adunare va supune votului adunării creditorilor propunerea de intrare în faliment.)

(6) Administratorul judiciar va asigura posibilitatea consultării raportului prevăzut la alin. (1) la sediul său, pe cheltuiala solicitantului. O copie de pe raport va fi depusă la grefa tribunalului şi la registrul comerţului sau, după caz, la registrul în care este înmatriculat debitorul şi va fi comunicată debitorului.

Potrivit art. 60 din Legea nr. 85/2006:

„(1) În cadrul şedinţei adunării creditorilor prevăzută la art. 59 alin. (4), administratorul judiciar îi va informa pe creditorii prezenţi despre voturile valabile primite în scris cu privire la propunerea de intrare în faliment a debitorului în procedura generală.

(2) Adunarea generală a creditorilor va aproba propunerea administratorului judiciar, prevăzută la art. 59 alin. (2), prin votul titularilor a cel puţin două treimi din creanţele prezente la vot. Indiferent de rezultatul votului, propunerea nu va fi aprobată în cazul în care unul sau mai mulţi creditori, deţinând împreună peste 20 % din creanţele cuprinse în tabelul preliminar de creanţe, îşi anunţă intenţia de a depune, în termenul legal, un plan de reorganizare a debitorului.

(3) În cazul aprobării de către adunarea generală a creditorilor a propunerii administratorului judiciar prevăzută la art. 59 alin. (2), judecătorul sindic va decide, prin sentinţă, intrarea în faliment a debitorului, în condiţiile art. 107 alin. (1) lit. D).

(4) Prevederile alin. (1), (3) nu se aplică pentru raportul prevăzut la art. 59 alin. (2), în cazul în care, până la data şedinţei adunării generale a creditorilor de aprobare a raportului prevăzut la alin. (1), a fost admis un plan de reorganizare de către judecătorului sindic".

*

Practicianul îşi exercită atribuţiile în procedură sub directul control al tribunalului prin judecătorul sindic, care trebuie să cunoască condiţiile în care a apărut starea de insolvenţă, persoanele vinovate, direcţiile în care poate evolua procedura etc. Aparent, prin coordonatele privind examinarea situaţiei economice şi criteriile prevăzute la art. 1 alin. (2) pe care trebuie să le cuprindă, raportul prevăzut de art. 54 s-ar suprapune cu cel prevăzut la art. 59. Considerăm, însă, că în cazul raportului prevăzut de art. 54 se pune accentul pe criteriile prevăzute de art. 1 alin. (2) în raport cu faptul că a fost deschisă procedura generală, aspectul economic fiind incipient şi analizat la un nivel general, în timp ce prin raportul prevăzut de art. 59 se vizează aspectul analizării detaliate a situaţiei economice a debitorului, influenţarea în mod substanţial a derulării procedurii prin elementele sale de conţinut, aspectele rezultând din art. 1 alin. (2) având o relevanţă mai redusă. În trecerea de la Legea nr. 64/1995, care prevedea tot ambele rapoarte, la reglementarea actuală, legiuitorul s-a văzut constrâns pe de o parte, de cerinţa nepermiterii continuării prea mult timp a unei proceduri generale în condiţiile în care imediat după deschiderea acesteia se atestă că sunt îndeplinite condiţiile pentru trecerea la procedura simplificată şi, pe de altă parte, de cerinţa întocmirii unui raport complet sub aspect economic, care necesită timp pentru examinări aprofundate; în raport cu aceste cerinţe, legiuitorul nu a optat nici pentru varianta comasării acestor două rapoarte şi nici nu a generat o dublă reglementare.

Raportul prevăzut de art. 59 trebuie să conţină anumite menţiuni, unele necesare atât în cazul procedurii generale cât şi în cazul celei simplificate, astfel:

- menţiuni referitoare la principalele cauze, împrejurări care au dus la apariţia stării de insolvenţă, într-o expunere succintă.

Exemplificativ, pot fi reţinute ca astfel de cauze, fie că implică, fie că nu implică vinovăţia persoanelor din conducerea debitorului: realizarea unor investiţii din împrumuturi, fără să se asigure valorificarea rezultatului investiţiilor în vederea restituirii acestora, fie pentru că imediat accesibilă produselor realizate este doar o piaţă mică, fie că piaţa existentă nu a fost prospectată (deschiderea corespunzătoare pe piaţă poate fi salvatoare pentru debitor în această situaţie); cheltuielile mari

pentru producţie în raport cu încasările minore, fie pentru că debitorul nu a încasat propriile creanţe, fie că produce la preţ mai mare decât preţul de vânzare; afacerile între societate şi asociaţii acesteia, între societăţile grupului din care face parte debitorul; un grad prea înalt de îndatorare, atestând funcţionarea din împrumuturi iar nu în echilibru cu veniturile proprii etc.

- menţiuni referitoare la organigrama funcţională şi de conducere, verificarea măsurii în care intervine sau nu aplicarea fiecăreia dintre dispoziţiile prevăzute la lit. a)-g) din art. 138 alin. (1), cu indicarea persoanelor vinovate, verificarea urmând să determine sau nu formularea acţiunii în atragerea răspunderii în temeiul art. 138 de către practicianul în insolvenţă sau, în subsidiar, de către comitetul creditorilor.

- menţiuni referitoare la eventuale transferuri frauduloase efectuate anterior de debitor, în urma verificării sub acest aspect a celor trei ani anteriori deschiderii procedurii, în raport cu care se vor promova sau nu acţiuni în anulare în temeiul art. 79, 80 din lege, de către practician sau, în subsidiar, de către comitetul creditorilor.

- menţiuni referitoare la existenţa posibilităţii reale de reorganizare efectivă a activităţii debitorului sau a motivelor care nu permit reorganizarea judiciară, ci, dimpotrivă, trecerea la faliment (evident, aceasta doar în procedura generală). Examinarea economică va avea în vedere pe lângă detalierea aspectelor reţinute în raportul de 30 de zile şi gradul de îndatorare, natura obligaţiilor, litigiile în care este parte debitorul, resursele umane ale acestuia, alte aspecte relevante în procedură.

Posibilitatea reală de reorganizare va fi apreciată în raport cu mai multe aspecte: intenţiile concrete de propunere a unui plan şi de susţinere a acestuia de către creditori, debitor; posibilitatea finanţării activităţii din surse proprii sau împrumuturi; acorduri posibile pentru reeşalonarea la plată a datoriilor; existenţa unor furnizori, clienţi, pieţe de desfacere, a unui management competent etc.

- menţiuni referitoare la eventuala incidenţă şi în acest stadiu al procedurii a unuia dintre criteriile prevăzute de art. 1 alin. (2), în situaţia în care prin raportul de 30 de zile, din diverse motive, nu s-a stabilit această incidenţă, faţă de care se va solicita trecerea la faliment (astfel cum rezultă din art. 59 alin. (2) teza I.)

În doctrină s-a susţinut că în lipsa menţiunilor la care s-a făcut referire raportul ar fi nul. Or, o astfel de sancţiune nu rezultă din economia legii. De fapt, fiind echivalent cu o măsură luată în procedură de către practician, raportul respectiv poate fi contestat, de către creditori în primul rând, putându-se obţine pe această cale refacerea sau completarea lui. Dacă nu contestă în termen, creditorii nu vor mai putea să invoce omisiunile acestui raport referitoare la aspectele privind art. 138 ulterior, de exemplu în legătură cu raportul final, pentru că un astfel de demers ar fi tardiv şi, de altfel, obiectul acestui din urmă raport nu este similar cu cel al raportului de 60 de zile).

Rapoartele practicianului nu trebuie împărţite în rapoarte obligatorii şi neobligatorii, cu consecinţa aprecierii în sensul că unele pot să nu fie întocmite. Cel în discuţie aici, ca şi acela prevăzut de art. 54 din lege au şi un obiect expres precizat de legiuitor, necesar continuării procedurii, dar şi rapoartele lunare de activitate sunt la fel de obligatorii.

Termenul de 60 de zile, în mod similar celui de 30 de zile de la art. 54 trebuie considerat de recomandare, fiind justificat doar de cerinţa celerităţii. În cazul ambelor rapoarte, art. 20 alin. (1) lit. a), b) şi art. 54, 59 chiar şi art. 25 lit. a) prevăd în mod coordonat stabilirea termenului de către judecătorul sindic, care poate, doar pentru motive temeinice, să-l prelungească.

În doctrină, din cauza complexei redactări a textului art. 59 alin. (1) s-a reţinut în mod greşit că raportul de faţă ar fi elaborat (doar) în procedura simplificată şi atunci ar fi contradictorie orice referire la reorganizarea judiciară. În realitate, trimiterea din text la procedura simplificată este doar în legătură cu lichidatorul, iar în formularea textului de lege s-a folosit sintagma „în cazul în care" pentru a face distincţia între ipoteza formulării raportului în procedura simplificată şi, respectiv, în cea generală. În mod evident, în prima ipoteză nu se justifică referirile la reorganizarea judiciară. Practic, raportul intervine atât în procedura simplificată cât şi în cea generală, în conţinutul lui urmând să se facă distincţiile necesare, după caz.

Sub un alt aspect, trebuie precizat că în cuprinsul art. 60 alin. (2) şi (3) legiuitorul a menţionat în mod greşit „adunarea generală a creditorilor" în loc de „adunarea creditorilor" la care fac referire dispoziţiile art. 13 şi urm. din Legea nr. 85/2006.

*

În lucrările anterioare, în special în „Procedura insolvenţei. Răspunderea membrilor organelor de conducere”, am făcut unele consideraţii, privind conţinutul raportului în discuţie, inclusiv asupra faptului că raportul în sine nu constituie o veritabilă probă (ca înscris sau expertiză), acestuia trebuind să i se anexe dovezile referitoare la susţinerile pe care le conţine, consideraţii pe care nu le mai reiterăm aici.

Apreciem necesară, însă, analizarea în acest context, a modificării adusă dispoziţiilor art. 138 alin. (1) prin prevederile art. I alin. (20) din O.U.G. 173/2008, menţinută în raport cu Legea nr. 277/2009 privind aprobarea Ordonanţei de Urgenţă a Guvernului menţionate, în sensul că „În cazul în care în raportul întocmit în conformitate cu dispoziţiile art. 59 alin. (1) sunt identificate persoane cărora le-ar fi imputabilă apariţia stării de insolvenţă a debitorului, la cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului, judecătorul sindic poate dispune ca o parte a pasivului debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvenţă, să fie suportată de membrii organelor de conducere şi/sau supraveghere din cadrul societăţii, precum şi de orice altă persoană care a cauzat starea de insolvenţă a debitorului, prin una din următoarele fapte ...”.

Formularea art. 138 alin. (1) rezultată în urma modificării menţionate pare, la prima vedere, să reflecte intenţia legiuitorului de a restrânge posibilitatea formulării acţiunii în temeiul art. 138 numai pentru cazul în care în raportul întocmit de practicianul în insolvenţă în baza art. 59 alin. (1) sunt identificate persoanele care au cauzat apariţia stării de insolvenţă a debitorului.

Or, interpretarea în acest sens a textului de lege ar fi de natură să restrângă exclusiv la latitudinea practicianului în insolvenţă posibilitatea formulării acţiunii în atragerea răspunderii patrimoniale şi nu este vorba aici doar de voinţa acestuia în sensul identificării sau nu a persoanelor responsabile, ci în mod obiectiv şi de experienţa şi competenţa pe care le are sau nu practicianul în insolvenţă sub aspectul respectiv sau de situaţiile de fapt care permit sau nu identificarea persoanelor menţionate. Practic, în baza unei astfel de interpretări posibilitatea recurgerii la acţiunile în atragerea răspunderii patrimoniale ar depinde în mod real de o serie de factori subiectivi, putându-se reduce până la dispariţie.

Chiar dacă nu este cazul să se reţină o încălcare a dreptului de petiţionare al creditorilor, inclusiv în raport cu prevederile art. 6 din Convenţia europeană a drepturilor omului (C.E.D.O.), în condiţiile în care Legea nr. 85/2006 nici nu mai prevede pentru aceştia legitimitatea procesuală necesară pentru formularea acţiunii în atragerea răspunderii patrimoniale, în urma modificării dispoziţiile art. 138 ar putea fi interpretate în sensul că în lipsa identificării persoanelor responsabile în raportul prevăzut de art. 59 alin. (1), judecătorul sindic nu ar putea să admită acţiunile respective nici dacă au fost formulate, în subsidiar, de către comitetul creditorilor, iar raportul respectiv trebuie să fie apreciat drept singura probă posibilă pentru atragerea răspunderii în baza art. 138 din lege.

Sensul general al dispoziţiilor art. 138 şi următoarele este, însă, contrar interpretării arătate şi vizează existenţa şi aplicarea instituţiei juridice în discuţie, iar nu înlăturarea ei, cu consecinţa defavorizării creditorilor în privinţa dreptului acestora de a beneficia în mod real de toate demersurile prevăzute legal în vederea recuperării creanţelor lor. O interpretare în sensul arătat anterior ar echivala cu recunoaşterea unui caracter inechitabil al reglementării legale a insolvenţei. În plus, prin procedura insolvenţei nu se urmăreşte doar un interes privat, al debitorului sau creditorilor, ci şi un interes public.

Doar aparent formularea textului de lege este în sensul că judecătorul sindic nu ar putea dispune atragerea răspunderii patrimoniale decât în cazul în care persoanele răspunzătoare sunt indicate în raportul prevăzut de art. 59 alin. (1). Practic, în forma actuală textul de lege descrie integral demersurile procedurale care conduc la atragerea răspunderii în raport cu practicianul în insolvenţă: indicarea persoanelor răspunzătoare în raport, formularea cererii de atragere a răspunderii (ambele revenind practicianului), pronunţarea asupra cererii de către judecătorul sindic. Indiferent dacă indică persoanele răspunzătoare în raport, rămâne la latitudinea practicianului dacă formulează sau nu cererea de atragere a răspunderii, aceasta deoarece în alin. (3) indicarea persoanelor, respectiv omisiunea formulării cererii sunt menţionate drept condiţii distincte. În legătură cu judecătorul sindic, termenul „poate" nu se raportează la indicarea persoanelor răspunzătoare în raportul practicianului ca la o condiţie şi nici nu reflectă un eventual caracter facultativ al pronunţării judecătorului, ci,

în mod obligatoriu are în vedere atribuţia jurisdicţională a acestuia, de a dispune asupra cererii de atragere a răspunderii, atribuţie care nu poate fi cenzurată, odată intervenită sesizarea, de modul în care îşi îndeplineşte atribuţiile practicianul.

Nici dispoziţiile art. 138 alin. (3), astfel cum au fost modificate prin Legea nr. 277/2009 (în sensul că pe lângă comitetul creditorilor s-a conferit legitimitate procesuală activă subsidiară, pentru formularea acţiunii în atragerea răspunderii patrimoniale şi creditorului care deţine mai mult de jumătate din valoarea tuturor creanţelor), nu pot fi interpretate în raport cu alin. (1) în sensul posibilităţii comitetului creditorilor de a formula, în subsidiar, cererea de atragere a răspunderii doar în cazul în care s-au menţionat în raport persoanele răspunzătoare, din moment ce chiar în cuprinsul alin. (3) s-a menţinut condiţia „dacă administratorul judiciar sau lichidatorul a omis să indice în raportul său asupra cauzelor insolvenţei, persoanele culpabile de starea de insolvenţă".

În realitate, prin modificarea intervenită s-a urmărit un alt scop decât acela de restricţionare a formulării cererilor în temeiul art. 138 din lege. Astfel, anterior modificării, indiferent dacă identifica sau nu persoanele culpabile în raport, se menţinea în egală măsură cerinţa formulării de către practician a cererii în temeiul art. 138, neexistând o prevedere legală care să-i justifice acestuia neformularea cererii fie şi în cazul în care nu a identificat persoane responsabile; chiar şi într-o astfel de ipoteză creditorii considerau îndreptăţită efectuarea de presiuni asupra practicianului, inclusiv în sensul solicitării sancţionării lui. Modificarea intervenită justifică neformularea cererii de către practician în cazul în care acesta nu a identificat persoane responsabile de apariţia stării de insolvenţă.

Modificarea nu poate avea ca scop nici conferirea unei valorii probatorii raportului propriu-zis, susţinerile din cuprinsul acestuia trebuind să fie probate nu prin ele însele ci prin mijloacele de probă prevăzute legal. Prin urmare, faţă de modificarea în discuţie, raportul prevăzut de art. 59 alin. (1) rămâne doar o premisă alternativă iar nu exclusivă pentru atragerea răspunderii patrimoniale.

*

În cazul eventualei propuneri de intrare în faliment (pe motivul încadrării debitorului în criteriile art. 1 alin. (2) sau a unor motive care nu permit reorganizarea), dispoziţiile art. 59 alin. (4)-(6) şi art. 60

alin. (1)-(4) din lege prevăd în mod clar procedura şi condiţiile pentru adoptarea/respingerea propunerii şi pentru a se dispune, pe mai departe, în consecinţă. În acest scop se comunică raportul doar debitorului nu şi creditorilor, care au însă posibilitatea consultării raportului la sediul administratorului judiciar, al tribunalului şi la registrul în care este menţionat debitorul.

Raportul trebuie „supus" judecătorului sindic, care în exercitarea atribuţiei de control judiciar trebuie să aprecieze asupra valabilităţii acestuia, inclusiv în ipotezele în care nu cuprinde o propunere de intrare în faliment. (Atât în forma anterioară, cât şi în aceea ulterioară modificării alin. (5) prin Legea nr. 277/2009, din formularea art. 59 nu rezultă cu claritate modalitatea concretă în care raportul este „supus" judecătorului sindic, adică modalitatea de sesizare a acestuia în privinţa raportului respectiv. Depunerea, potrivit alin. (6), a unei copii a raportului la grefa tribunalului, nu are întotdeauna în cuprinsul legii înţelesul depunerii la dosar, pentru judecătorul sindic, ci doar scopul afişării la grefa instanţei, pentru asigurarea posibilităţii de consultare a actului respectiv de către părţi, consultare care nu se referă şi la judecător. Prin urmare, apare ca necesară interpretarea alin. (6) din art. 59 în sensul depunerii raportului şi la dosarul cauzei, altfel, în cazul propunerii de continuare a perioadei de observaţie nu ar fi prevăzută nici o alternativă pentru sesizarea judecătorului sindic). Totodată, raportul prevăzut de art. 59 (ca şi acela prevăzut de art. 54) poate fi contestat în baza art. 21, deoarece poate fi considerat o măsură procesuală a practicianului, în sine sau prin conţinut. Cei interesaţi nu trebuie să aştepte, de exemplu referitor la persoanele vinovate de starea de insolvenţă, să conteste sub acest aspect raportul final din procedura insolvenţei, care nu are un astfel de obiect. În urma contestării şi/sau aprecierii valabilităţii se poate dispune refacerea, completarea raportului; nu se pune problema omologării acestui raport, mai ales în privinţa conţinutului economic, din moment ce nu este un raport echivalent probei cu expertiză reglementată în dreptul comun.

În cazul în care încă de la început raportul indică posibilitatea reorganizării judiciare, perioada de observaţie va continua în sensul întocmirii, adoptării, votării planului.

Referitor la ipoteza în care se propune intrarea în faliment, legiuitorul şi-a fundamentat modificarea dispoziţiilor alin. (5) din art. 59, în mod justificat, pe motivul că astfel se evită contradicţia cu prevederile alin. (4) al aceluiaşi articol, iar formularea iniţială prelungea în mod inutil termenele procedurii sau genera confuzie arătând că raportul va fi analizat în termen de 10 zile de la data primei adunări. De fapt, prin modificarea respectivă se înlătură şi iniţiativa judecătorului sindic în derularea procedurii de votare a propunerii de intrare în faliment, care rămâne în atribuţia practicianului, aşa cum era firesc, acesta urmând să depună la dosar doar rezultatul votului adunării creditorilor, în sensul sesizării judecătorului sindic pentru continuarea perioadei de observaţie, în direcţia planului sau, după caz, al pronunţării sentinţei de intrare în faliment.

În cazul în care până la data adunării convocate de către administratorul judiciar potrivit alin. (5) din art. 59 a intervenit admiterea unui plan de către judecătorul sindic potrivit art. 98 alin. (2), se va acorda prioritate derulării procedurii referitoare la planul respectiv. În acest sens, dispoziţiile art. 60 alin. (1)-(3) nu se vor mai aplica, putându-se repune pe rol problema propunerii de trecere la faliment doar în cazul în care planul nu va fi confirmat, ci respins.

În cuprinsul art. 60 sunt şi alte dispoziţii care prevăd o opţiune clară în sensul susţinerii posibilităţii de reorganizare judiciară pentru debitori, în defavoarea lichidării. Potrivit alin. (2) teza I propunerea de trecere la faliment se consideră aprobată doar prin votul a 2/3 din creanţele prezente la vot, iar conform alin. (3) judecătorul sindic poate decide intrarea în faliment doar în cazul aprobării prin vot, de către creditori, a propunerii în sensul respectiv. Mai mult, indiferent de rezultatul votului creditorilor, deţinătorii a peste 20 % din creanţele menţionate în tabelul preliminar pot să blocheze o hotărâre a celorlalţi creditori cu privire la propunerea de intrare în faliment în cazul în care îşi anunţă fie şi doar intenţia de a depune un plan, sub condiţia, însă, de a mai fi în termenul legal pentru depunere. Tot în sensul opţiunii de reorganizare în favoarea debitorilor, prin art. 86 alin. (1) s-a prevăzut că sunt nule orice clauze contractuale de desfiinţare a contractelor debitorului pentru motivul deschiderii procedurii (cele aflate în derulare la data deschiderii procedurii).

§7. Inventarul, operaţiune controversată în perioada de observaţie

În doctrină s-a susţinut de către unii autori că una dintre primele operaţiuni care trebuie să fie efectuate în mod obligatoriu în perioada de observaţie din procedura generală ar fi inventarierea bunurilor debitorului, ca element al stabilirii masei active, necesară în mai multe scopuri:

- pentru stabilirea situaţiei exacte a bunurilor debitorului;
- pentru conservarea bunurilor în vederea pregătirii operaţiunilor curente sau a continuării contractelor în curs de executare;
- pentru evaluarea şanselor de reorganizare, de realizare a planului;
- pentru evaluarea pierderilor continue din averea debitorului în funcţie de care se poate decide trecerea la faliment;
- pentru ca în funcţie de lipsurile constatate să se formuleze acţiuni în temeiul art. 138 sau acţiuni penale, pentru bancrută frauduloasă etc.;

Se mai susţine în acelaşi context că în raportul de 60 de zile un loc aparte îl constituie bunurile debitorului, referitor la care administratorul judiciar nu se poate baza pe lista bunurilor depusă de debitor, care reflectă doar o existenţă scriptică a masei active, nu şi situaţia reală a acesteia, deci lista respectivă trebuie confruntată cu realitatea. Administratorul judiciar poate completa/corecta lista bunurilor depusă de debitor sau o poate chiar întocmi el. În demersul de inventariere esenţială este întocmirea listei bunurilor debitorului, iar acestea trebuie şi evaluate. Inventarului i se adaugă măsuri de conservare a patrimoniului debitorului, cum ar fi punerea de sigilii, luarea inscripţiilor, închiderea unor conturi bancare etc. Sigilarea poate fi utilă ca măsură preventivă de conservare în scopul evitării diminuării averii debitorului.

Considerăm că actele, operaţiunile de procedură trebuie să fie îndeplinite în modul şi la momentul la care prevăd dispoziţiile legale. În procedura falimentului (la deschiderea procedurii simplificate sau în cazul trecerii la faliment în procedura generală) sigilarea, inventarierea şi evaluarea bunurilor debitorului nu sunt doar necesare ci şi obligatorii, şi astfel sunt şi prevăzute expres în Legea nr. 85/2006. Asemenea prevederi legale nu se regăsesc, însă, în economia legii şi pentru perioada de observaţie. În cazul acesteia din urmă pot avea relevanţă sub

aspectul în discuție dispozițiile art. 47, 28 alin. (1), 35 și 20 alin. (1) lit. c). Astfel, în raport cu art. 47, desesizarea debitorului în raport cu hotărârea de deschidere a procedurii, prin care s-a ridicat debitorului dreptul de administrare, generează efecte definitorii în ceea ce privește atât masa activă cât și masa credală. Acestea efecte intervin imediat și integral în procedura simplificată și doar parțial în perioada de observație din procedura generală, completarea intervenind odată cu trecerea la faliment; în fapt, în perioada de observație problema masei active se pune imediat după deschiderea procedurii generale dar nu și în sensul sigilării, evaluării și inventarierii bunurilor.

Hotărârea de deschidere a procedurii ridică de regulă dreptul de administrare și dispoziție asupra bunurilor debitorului existente la momentul deschiderii sau asupra celor care vor fi dobândite în cursul procedurii. Toate acele bunuri care potrivit dreptului comun constituie asigurarea comună a creditorilor sunt reunite și „preluate" de practicianul în insolvență, care în derularea procedurii generale trebuie să le conserve, să asigure utilizarea lor conform unui plan, dacă acesta este confirmat și/sau să le lichideze, transformându-le în numerar, și să facă repartiția, în cazul trecerii la faliment. În cazul desesizării, pentru practician bunurile sunt întrunite într-o universalitate juridică, în scopurile arătate anterior, fiind vizate în acest sens bunurile găsite la debitor în momentul deschiderii procedurii, cele înstrăinate de debitor în „perioada suspectă" pentru care se obține anularea actului de înstrăinare sau cele redobândite prin acțiuni în revendicare. După cum s-a mai arătat, preluarea administrării de către practicianul în insolvență, în condițiile în care bunurile rămân în proprietatea debitorului, nu face din practician reprezentantul debitorului sau al creditorului în privința bunurilor respective, pentru că exercitarea unei astfel de atribuții înclină spre un caracter public. În acest context practicianul are în vedere conservarea bunurilor debitorului nu numai sub aspectul material pe care îl implică (în ceea ce privește bunurile supuse deteriorării, pierderii valorii etc.) dar mai ales sub aspect juridic. De aceea, în cuprinsul noțiunii de conservare a bunurilor debitorului, ca operațiune continuă pe parcursul derulării unui plan sau până la lichidarea lor în faliment, trebuie considerat că intră atât operațiunile prin care se constată existența bunurilor debitorului ori care sunt administrate de acesta, cât

şi operaţiunile prin care la masa activă se aduc bunurile ascunse de debitor, deţinute fără drept de un terţ, inclusiv pe calea unor acţiuni, întreruperea unei prescripţii, încasarea creanţelor proprii ale debitorului, înscrierea unor ipoteci în favoarea debitorului asupra bunurilor debitorilor acestuia, efectuarea somaţiilor etc.

Uneori, însă, nu este ridicat dreptul de administrare, deci nu intervine desesizarea decât sub unele aspecte. În plus, reglementarea actuală prevede nu numai falimentul ci, în mod prioritar din punct de vedere cronologic, şi posibilitatea reorganizării judiciare, în cadrul căreia sigilarea ar fi o măsură inadecvată, iar evaluarea se poate realiza îndeosebi pe calea unor probe, de regulă, expertize. Legiuitorul a avut în vedere o reorganizare a activităţii, iar nu a bunurilor debitorului şi chiar dacă planul poate viza şi lichidarea unora dintre bunuri, nu se prevede prin nici o dispoziţie că inventarul s-ar face în perioada de observaţie iar nu doar în faliment, aşa cum se reglementează expres prin art. 114-115 din lege; în plus atribuţia de inventariere este prevăzută doar în sarcina lichidatorului, prin art. 25 lit. d), iar nu şi a administratorului judiciar. Doar prin dispunerea trecerii la faliment bunurile debitorului sunt puse într-o administrare forţată în vederea lichidării, iar prin inventarierea bunurilor practicianul devine depozitarul lor judiciar, sigilarea având ca scop facilitarea inventarierii şi prevenirea dispariţiei bunurilor. Legiuitorul nu a dorit să menţioneze în cuprinsul Legii nr. 85/2006 realizarea inventarului şi în perioada de observaţie din procedura generală, acestei omisiuni trebuind să i se dea relevanţă; dacă nu s-ar da, ar fi foarte greu să se justifice, în cazul planului, transferul utilizării bunurilor de la practician la debitor, răspunderea administratorului judiciar ar fi mai mare etc. Cu toate acestea, apreciem totuşi că de lege ferenda s-ar impune unele precizări legislative referitoare la aspectele analizate.

Sub aspectul în discuţie, mai trebuie avut în vedere că depunerea actelor prevăzute de art. 28 priveşte şi lista bunurilor prevăzute la alin. (1) lit. b). Desigur că bunurile sunt un criteriu pentru aprecierea posibilităţii de reorganizare, dar în lipsa listei bunurilor se ajunge la procedura simplificată, ceea ce justifică oricum reconstituirea actelor pe art. 28 şi inventarierea în cadrul falimentului.

În fapt, reţinând că desesizarea debitorului se referă, printre altele, şi la bunurile sale, administrarea şi dispoziţia referitor la acestea revine, de regulă, practicianului în insolvenţă. În acest context este firesc ca practicianul să verifice conformitatea listei bunurilor cu realitate, dar verificarea sub acest aspect nu echivalează cu inventarierea, ca element al stabilirii masei active. Aceasta din urmă, este definită prin contrapunere cu masa pasivă, servind acoperirii acesteia din urmă, adică plăţii creanţelor iar lichidarea ei în acest scop intervine doar în faliment; totodată verificarea în sensul menţionat nu înseamnă nici efectuarea unei noi liste a bunurilor. Utilizarea bunurilor potrivit unui plan nu implică direct şi plata creanţelor din masa activă în înţelesul arătat ci în baza programului de plată stabilit prin plan, din sumele rezultate în urma continuării activităţii în care se utilizează bunurile. Efectuarea inventarului în perioada de observaţie nu ar fi justificată decât în cazul ridicării dreptului de administrare, dar şi pentru această ipoteză nu s-a avut în vedere prin dispoziţiile legii inventarul ci doar lista bunurilor depusă de debitor, verificarea, refacerea acesteia; prin urmare, aceste operaţii trebuie să se efectueze, iar nu inventarul în sensul art. 113-115 din lege. În perioadă de observaţie inventarul nu este, deci, o operaţiune necesară sau prevăzută de lege, ci o măsură de natură să atragă inutil resurse umane şi financiare, în dauna unor acte de procedură mai importante. Legea actuală nu prevede expres nici pentru operaţiunea de stabilire a masei credale că aceasta ar interveni în perioada de observaţie dar implicit, prin conţinutul secţiunii „Primele măsuri" tocmai procedura de verificare a creanţelor se reglementează.

Secţiunea a 3-a Stabilirea masei credale (Procedura de verificare a creanţelor)

Procedura insolvenţei implică bunurile debitorului, reprezentând masa activă şi, pe de altă parte, datoriile debitorului care trebuie plătite, reprezentând masa pasivă, masa credală.

În raport cu scopul prevăzut de art. 2 din Legea nr. 85/2006, după deschidere, procedura se poate derula în continuare, are un scop legal

doar dacă sunt cunoscuţi creditorii şi cuantumul creanţelor lor; totodată se are în vedere masa activă, mai întâi pentru utilizarea ei în baza unui plan sau, succesiv, pentru valorificare în vederea plăţii pasivului, în funcţie de modalităţile procedurale prevăzute de lege în acest scop – reorganizarea judiciară, respectiv, falimentul. Această derulare a procedurii generale face ca în timp ce stabilirea masei credale se încheie până la începerea oricăreia dintre modalităţile procedurale menţionate, stabilirea masei active intervine iniţial doar parţial în raport cu reorganizarea şi integral doar în raport cu falimentul, în funcţie de specificul acestor modalităţi. În reglementările anterioare privind încetarea plăţilor, în condiţiile unicităţii procedurii de faliment, stabilirea masei active şi a masei credale se realizau concomitent, înaintea trecerii la lichidare.

În prezent, printr-o procedură anume de verificare a creanţelor, reglementată în principal prin dispoziţiile art. 61-76 din legea insolvenţei în vigoare se stabileşte, în cadrul procedurii insolvenţei, masa pasivă (masa credală).

Creditorii debitorului, existenţi la data deschiderii procedurii, supunându-se verificării creanţelor lor, formează o colectivitate a creditorilor în interesul căreia se derulează procedura, numită masa credală, pentru plata căreia serveşte masa activă.

Contează să se cunoască nu numai creditorii şi cuantumul creanţei lor, dar şi dacă unii dintre creditori au creanţe privilegiate, garantate, care le conferă prioritate la plată sau dacă au drept debitor doar persoana ajunsă în insolvenţă ori şi alţi codebitori. În masa pasivă se regăsesc atât creditorii privilegiaţi (garantaţi) cât şi cei chirografari. Creditorii garantaţi sunt aceia ale căror creanţe, potrivit art. 3 pct. 9, beneficiază de o garanţie reală asupra bunurilor din patrimoniul debitorului, indiferent dacă acesta este debitor principal sau terţ garant faţă de persoanele beneficiare ale garanţiilor reale. Ei sunt plătiţi integral din bunurile supuse garanţiilor şi dacă acestea nu sunt suficiente vor concura în mod egal cu creditorii chirografari asupra distribuirilor făcute din lichidarea celorlalte bunuri, potrivit unor reguli anume. Creditorii chirografari sunt, potrivit art. 3 pct. 13, creditorii debitorului care nu au constituite garanţii faţă de patrimoniul acestuia şi care nu au privilegii însoţite de drepturi de retenţie, ale căror creanţe sunt curente la data

deschiderii, precum şi creanţe noi, aferente activităţilor curente din perioada de observaţie. Sunt acei creditori pentru care masa activă serveşte la plata lor în mod egal (de aici ideea că la deschiderea procedurii falimentului creditorii îşi văd transformate creanţele într-un drept la o cotă falimentară).

§1. Notificarea deschiderii procedurii

1.1. Dispoziţii generale

Potrivit art. 61 din Legea nr. 85/2006:

(1) În urma deschiderii procedurii, administratorul judiciar va trimite o notificare tuturor creditorilor menţionaţi în lista depusă de debitor în conformitate cu art. 28 alin. (1) lit. c) ori, după caz, în condiţiile art. 32 alin. (2), debitorului şi oficiului registrului comerţului sau, după caz, registrului societăţilor agricole ori altor registre unde debitorul este înmatriculat/înregistrat, pentru efectuarea menţiunii.

(2) Dacă creditorii cu sediul sau cu domiciliul în străinătate au reprezentanţi în ţară, notificarea va fi trimisă acestora din urmă.

(3) Notificarea prevăzută la alin. (1) se realizează conform prevederilor Codului de procedură civilă şi se va publica, totodată, pe cheltuiala averii debitorului, într-un ziar de largă circulaţie şi în Buletinul procedurilor de insolvenţă.

Deschiderea procedurii insolvenţei împotriva debitorului schimbă regimul aplicabil acestuia în cazul derulării activităţii normale, cu acela din cadrul procedurii insolvenţei, în care raporturile sale în primul rând cu creditorii dar şi cu terţele persoane sunt diferite de cele anterioare, situaţie în care schimbarea respectivă trebuie făcută cunoscută celor implicaţi sau interesaţi. Creditorii debitorului sunt primii care au legătură directă cu procedura, faţă de scopul şi caracterul colectiv al acesteia, astfel că trebuie să fie notificaţi individual referitor la deschiderea procedurii împotriva debitorului lor. Pentru terţele persoane, care pot avea eventual un interes legal, deschiderea procedurii se face cunoscută prin efectuarea, în urma notificării, a menţiunii deschiderii procedurii în registrul în care este înregistrat debitorul persoană juridică.

De asemenea, despre deschiderea procedurii se trimite o copie a hotărârii pronunţate în acest sens şi la locul unde debitorul are bunuri supuse transcripţiei (art. 63) etc. Efectele deschiderii procedurii trebuie cunoscute, făcute publice din mai multe motive, de exemplu acela privind nulitatea unor acte neautorizate de judecătorul sindic, efectuate de debitor după deschiderea procedurii.

Legea instituie atât un sistem de publicitate generală, pentru ca hotărârea de deschidere să ajungă la cunoştinţa celor interesaţi, cât şi o publicitate specială, în scopul înştiinţării fiecărui creditor, de către practician, în ceea ce priveşte termenele de depunere a creanţelor, de efectuare a verificării acestora, de definitivare a tabelului de creanţe, astfel cum au fost stabilite acestea prin hotărârea de deschidere a procedurii.

Neefectuarea potrivit legii (conform art. 7, art. 61 etc.), inclusiv efectuarea cu întârziere a notificării de către practician, conduce la sancţionarea acestuia cu amendă şi/sau la acoperirea prejudiciului produs potrivit art. 22 alin. (3), (4) din Legea nr. 85/2006.

După cum se va arăta la analiza art. 76, dacă notificarea s-a efectuat potrivit art. 7, nedepunerea sau depunerea tardivă a declaraţiei de creanţă de către creditor îl decade pe acesta dintr-o serie de drepturi, raţionamentul în acest sens având la bază şi ideea publicităţii generale a hotărârii de deschidere.

*

Notificarea trebuie să se efectueze în cazul deschiderii procedurii atât la cererea debitorului, când lista creditorilor trebuie anexată cererii cât şi la cererea creditorului, când lista creditorilor trebuie depusă potrivit art. 35 din Legea nr. 85/2006.

Lista creditorilor depusă de debitor poate fi incompletă, în sensul că nu s-au indicat unii creditori – lipsind atât denumirea cât şi adresa fiecărui creditor (elementele de individualizare care interesează aici) sau au fost indicate greşit aceste elemente, astfel că se poate reţine că unii creditori nu au fost identificaţi prin lista prevăzută de art. 28 alin. (1) lit. c). În primul caz, în raport cu art. 28 alin. (2) nedepunerea listei bine completate atrage sancţiunea deschiderii procedurii simplificate, dar, prin ipoteză lista rămâne tot incompletă şi în raport cu deschiderea acestei proceduri.

În raport cu creditorii care nu au fost identificaţi în lista prevăzută la art. 28 alin. (1) lit. c), în doctrină s-a exprimat opinia că aprecierea ca suficientă, pentru a se reţine îndeplinirea legală a notificării faţă de aceşti creditori necunoscuţi, a publicării notificării în Buletinul procedurilor de insolvenţă, în conformitate cu regula instituită prin art. 7 alin. (3) teza II, este excesivă, ridicând problema încălcării liberului acces la justiţie. Se susţine că textul de lege care instituie regula respectivă este neconstituţional, punând creditorul necunoscut sau nerecunoscut de debitor în situaţia de a pierde posibilitatea de a-şi declara legal creanţa – în raport cu art. 76 – deoarece nu poate lua la cunoştinţă despre publicarea notificării în Buletinul procedurilor de insolvenţă; aceasta, dat fiind că nu i se poate pretinde să-şi urmărească orice debitor pentru a vedea dacă nu cumva vreunul este în procedura insolvenţei. De altfel, prin Decizia nr. 1137/2007 Curtea Constituţională a stabilit că dispoziţiile art. 7 sunt neconstituţionale în măsura în care se interpretează că prima comunicare a actelor de procedură către persoanele împotriva cărora se promovează o acţiune în temeiul Legii nr. 85/2006, ulterior deschiderii procedurii insolvenţei, se realizează numai prin Buletinul procedurilor de insolvenţă iar nu şi potrivit Codului de procedură civilă.

În raport cu completarea listei creditorilor de către debitor, va trebui refăcută notificarea în funcţie de noile date, dacă s-a efectuat iniţial pe lista incompletă. Astfel se poate înlătura riscul ca şi după întocmirea tabelului definitiv să apară cereri de creanţe anterioare deschiderii procedurii, în măsură să o complice.

Se mai susţine în aceeaşi opinie că în practică se aplică foarte rar regula din art. 7 alin. (3) teza II, instanţele apreciind judicios că dacă creditorul dovedeşte că nu a fost notificat în termen sau nu i-a ajuns la cunoştinţă în alt mod faptul deschiderii procedurii, trebuie să i se recunoască dreptul de a depune declaraţie de creanţă, considerată în termen, şi va lua procedura în situaţia de la momentul formulării declaraţiei.

Spre deosebire de opinia menţionată, considerăm că îndeosebi prin prisma preceptelor dreptului comun privind îndeplinirea actelor de procedură este, desigur, important ca ori de câte ori apare ca fiind necesar practicianul să impună debitorului să completeze, să refacă, în

ambele cazuri, lista creditorilor sau chiar să facă chiar el acest demers, dar aceasta în condiţiile şi termenele legii speciale. Refacerea listei creditorilor este apreciată chiar şi de legiuitor a fi imposibil de realizat în unele cazuri (art. 55) şi oricum, nu justifică încălcarea termenelor procedurale.

Dispoziţiile art. 61 au legătură cu prevederile art. 76 alin. (1), potrivit cărora dacă notificarea s-a efectuat potrivit art. 7, nedepunerea declaraţiei de creanţă în termen înlătură creditorului dreptul de a participa la procedură şi, cu unele excepţii, de a-şi realiza creanţa după închiderea procedurii. În mod evident însă, efectuarea notificării cu respectarea prevederilor art. 7 implică şi aplicarea alin. (3) teza II sau chiar alin. (9) din cuprinsul acestuia, în sensul că publicarea în B.P.I. este prevăzută a fi în măsură să înlocuiască, din momentul publicării, efectuarea notificării prevăzută a se face individual, respectiv, notificarea creditorilor necunoscuţi este recunoscută ca valabilă dacă s-a îndeplinit notificarea prin publicarea în Buletinul procedurilor de insolvenţă (ca o adecvare în materia insolvenţei a citării prevăzută de art. 95 C. proc. civ.)

Opinia contrară este tributară în mod nejustificat dreptului comun referitor la îndeplinirea actelor de procedură, care, în raport cu art. 149 din lege nici nu este compatibil şi aplicabil în raport cu caracterul special al prevederilor art. 7 din Legea nr. 85/2006. Dispoziţiile art. 7 alin. (3) teza II prevăd în mod expres că pentru creditorii care nu au putut fi identificaţi în lista prevăzută la art. 28 alin. (1) lit. c), procedura notificării prevăzute la art. 61 va fi considerată îndeplinită dacă a fost efectuată prin Buletinul procedurilor de insolvenţă.

Rezultă, deci, în mod expres, că şi dacă în lista creditorilor nu a fost identificat deloc un creditor, iar nu numai dacă s-a indicat incomplet şi faţă de acesta se va considera îndeplinită notificarea deschiderii procedurii – care implică şi termenul pentru depunerea declaraţiei de creanţă, dacă notificarea s-a efectuat în cauză (şi) prin publicare în Buletin (evident, chiar dacă acel creditor nu se regăseşte în cuprinsul acelei notificări, dar se regăsesc denumirea debitorului, menţiunea deschiderii procedurii împotriva acestuia, termenele prevăzute la art. 62 alin. (1). Dispoziţiile art. 7 alin. (3) trebuie interpretate în acest sens deoarece notificarea a făcut referire la debitor şi orice creditor netrecut în listă trebuie să se intereseze în Buletinul procedurilor de insolvenţă şi văzând

acel debitor va cunoaşte că îi este şi lui debitor, astfel că poate depune declaraţie de creanţă. Prin urmare, publicarea notificării în Buletin are o opozabilitate generală, inclusiv faţă de orice creditor, chiar nemenţionat în lista creditorilor, în mod similar ideii din art. 95 C. proc. civ. referitoare la publicarea citaţiei într-un ziar de largă circulaţie. Desigur, se poate afirma că prevederea legală nu este corectă, deoarece nu pot fi obligaţi toţi creditorii să urmărească Buletinul, dar cunoaşterea situaţiei celor cu care intră în afaceri este în primul rând a creditorului şi, de altfel, şi despre ziar se poate spune că nu trebuie citit obligatoriu de partea interesată. În acelaşi sens a se vedea şi cele susţinute într-o altă lucrare, „Procedura insolvenţei - Partea generală", în secţiunea „Efectele publicării în Buletinul procedurii de insolvenţă".

În plus, după cum am mai arătat, Decizia nr. 1137 a Curţii Constituţionale are în vedere în mod expres efectuarea actelor de procedură şi potrivit Codului de procedură civilă, în cazul unor acţiuni anume prevăzute de Legea nr. 85/2006, în care sunt chemaţi în judecată creditorii etc. după deschiderea procedurii (cum ar fi acţiunile în baza art. 79-80, art. 138 din lege), iar nu şi actele de procedură privind procedura propriu-zisă.

De altfel, practica instanţelor în sensul susţinut în opinia criticată nici nu a fost probată în cuprinsul acestei opinii. În schimb, redăm mai jos rezumatul unei hotărâri judecătoreşti în sensul că în lipsa unei liste complete depuse cel mai târziu conform art. 35 este corectă efectuarea notificării potrivit art. 7 alin. (3) teza II, şi atât pentru art. 7 alin. (3) cât şi pentru art. 61 notificarea potrivit Codului de procedură civilă este prevăzută pentru creditorii cunoscuţi iar aceea prin Buletinul procedurilor de insolvenţă, respectiv printr-un ziar de largă răspândire este pentru creditorii neidentificaţi prin lista creditorilor la momentul procedural legal la care trebuie făcută această notificare. Aplicarea prevederilor art. 7 alin. 3 teza II este necesară pentru că deşi există dispoziţiile art. 35, în multe cazuri de deschidere nici nu există posibilitatea reală a asigurării unei liste complete (lipsesc documentele debitorului, nu sunt de găsit reprezentanţii acestuia etc.), iar actele de procedură trebuie realizate nu numai în conţinutul dar şi în ordinea şi la momentul, termenul prevăzut prin reglementarea legală a procedurii, fără a se permite suprapunerea unor acte sau perioade de procedură.

*

Decizia comercială nr. 337/ R din 05.02.2009, Curtea de Apel Bucureşti – Secţia a VI a Comercială:

Prin cererea formulată în data de 15.07.2008 la Tribunalul Bucureşti - Secţia a VII-a Comercială, în cauza constituind obiectul dosarului nr. 27053/3/2007 privind procedura simplificată a insolvenţei deschisă împotriva debitorului SC Auto...SRL, creditorul SC V...SRL a contestat notificarea nr. 2620 din data de 03.07.2008 emisă de lichidatorul judiciar desemnat în cauză, S... SPRL, prin care acesta a respins declaraţia de creanţă a creditorului în sumă de 147.413,70 lei, depusă la 07.06.2008 invocând tardivitatea introducerii acesteia, solicitând să se dispună înscrierea sa în tabelul definitiv al creditorilor cu creanţa menţionată.

Prin sentinţa comercială nr. 4181 pronunţată la 13.10.2008 în dosarul nr. 27053/3/2007 Tribunalul Bucureşti - Secţia a VII-a Comercială, prin judecătorul sindic, a respins contestaţia creditorului SC V... SRL, ca nefondată.

Pentru a pronunţa această sentinţă comercială, tribunalul a reţinut că în temeiul art. 21 din Legea nr. 85/2006 creditorul poate contesta măsura luată de lichidator astfel cum rezultă din notificarea 2620/03.07.2008, dar trebuie avut în vedere că debitorul a comunicat lichidatorului la 12.11.2007 o listă a creditorilor care nu a fost întocmită potrivit cerinţelor art. 28 lit. c în sensul indicării numelor şi adreselor tuturor creditorilor. Creditorul SC V...SRL nici nu apare în această listă ci pe o listă separată denumită „datorii între firme", fără indicarea sediului social. În aceste condiţii lichidatorul a notificat debitoarea sub nr. 1647/17.01.2008 în sensul refacerii listei. Din moment ce creditorul contestator nu a fost identificat, lichidatorul nu a fost în măsură să îl notifice pe acesta conform Codului de procedură civilă şi, de altfel, creditorului respectiv îi sunt aplicabile prevederile legale în sensul că procedura de notificare prevăzută de art. 61 este considerată îndeplinită dacă a fost realizată prin Buletinul Procedurilor de Insolvenţă. În cauză, notificarea s-a realizat prin publicarea în buletinul menţionat cât şi în ziarul Bursa, iar termenul de depunere a declaraţiilor de creanţă a fost stabilit în cauză la 24.12.2007.

Împotriva acestei sentinţe comerciale creditorul SC V... SRL a declarat recurs, timbrat şi în termen legal, solicitând modificarea hotărârii atacate în sensul admiterii contestaţiei formulate.

În motivarea recursului s-a arătat, în esenţă, că lichidatorul nu a respectat prevederile art. 7 alin. 1 din Legea nr. 85/2006, recurentul creditor nefiind notificat referitor la deschiderea procedurii, despre care a aflat întâmplător şi a formulat declaraţie de creanţă în cauză la 09.06.2008. Prin notificarea 2620/03.07.2008 lichidatorul recunoaşte că nu a respectat prevederile art. 7 alin. 1, în sensul că nu l-a notificat pe creditorul recurent potrivit Codului de procedură civilă, şi a încercat să remedieze acest aspect prin trimiterea unei notificări tardive, la 25.03.2008, care însă ar fi fost restituită cu menţiunea „mutării" sediului creditorului, deşi acesta nu şi-a schimbat sediul. Tribunalul a reţinut în mod greşit că ar fi fost îndeplinită notificarea, în condiţiile în care trebuia efectuată cumulativ, potrivit Codului de procedură civilă, şi prin publicare în Buletinul Procedurilor de Insolvenţă, şi într-un ziar de largă răspândire. Mai mult, recurenta putea fi identificată în lista creditorilor depusă de debitor, sub sintagma „datorii între firme". În speţă nu sunt aplicabile prevederile art. 7 alin. 3 teza II şi alin. 9 din Legea nr. 85/2006, creditorul recurent fiind identificat în lista creditorilor, dar fără a fi notificat conform Codului de procedură civilă.

Intimatul lichidator S...SPRL a formulat întâmpinare solicitând respingerea recursului ca nefondat.

Curtea a încuviinţat recurentei proba cu înscrisuri.

Faţă de acestea, analizând actele şi lucrările dosarului cauzei, Curtea a constatat că recursul formulat este nefondat, având în vedere următoarele considerente:

În cauză procedura simplificată a insolvenţei a fost deschisă prin sentinţa comercială nr. 4023 din 29.10.2007, la cererea creditorului Administraţia...Sector 5, stabilindu-se termenul limită pentru depunerea creanţelor la 24.12.2007. În condiţiile în care în contextul respectiv debitorul nu şi-a îndeplinit potrivit art. 35 obligaţia de a depune la dosarul cauzei documentele prevăzute la art. 28 alin. 1 din Legea nr. 85/2006, inclusiv o listă completă a creditorilor cuprinzând numele şi adresa sediului acestora, iar notificarea creditorilor prevăzută de art. 61 în sarcina lichidatorului, cu privire la deschiderea procedurii şi pentru depunerea declaraţiilor de creanţă, trebuia îndeplinită cu celeritate, evident în limita termenului stabilit pentru depunerea declaraţiilor de creanţă, lichidatorul a procedat în mod corect la efectuarea notifi-

cării prin publicarea în Buletinul Procedurilor de Insolvenţă şi într-un ziar de largă răspândire, în ceea ce priveşte creditorii neidentificaţi; singurul creditor care putea fi notificat potrivit Codului de procedură civilă era Administraţia ... Sector 5.

În ceea ce priveşte creditorul SC V...SRL şi acesta a făcut parte din categoria creditorilor neidentificaţi.

În acest sens, trebuie avut în vedere că atât în cuprinsul art. 7 alin. (3) cât şi în cuprinsul art. 61 din Legea nr. 85/2006, efectuarea notificării potrivit Codului de procedură civilă priveşte doar creditorii identificaţi, în primul rând prin lista creditorilor care trebuie depusă la dosar de către debitor, deoarece doar în cazul acestora se cunoaşte denumirea şi adresa sediului, acestea constituind elemente necesare pentru notificarea în condiţiile Codului de procedură civilă. Notificarea prin Buletinul Procedurilor de Insolvenţă şi printr-un ziar de largă răspândire a fost avută în vedere de către legiuitor în cuprinsul art. 7 alin. (3) şi art. 61 în raport cu creditorii neidentificaţi. La data notificării menţionate (BPI nr. 2881/2007 şi „Bursa" din 16.11.2007) SC V...SRL era cu certitudine un creditor neidentificat, în condiţiile în care o primă listă a creditorilor a fost depusă de debitor doar în ianuarie 2008, listă în care pentru respectivul creditor nu se indica şi adresa, iar o listă completă a fost depusă câteva luni mai târziu, în mod tardiv.

Prin urmare, în raport cu situaţia existentă şi cu prevederile art. 7 alin. 3 teza II şi alin. 9 din Legea nr. 85/2006, notificarea SC V...SRL a fost legal îndeplinită în urma publicării acesteia în Buletinul Procedurilor de Insolvenţă. Legiuitorul a prevăzut dispoziţiile art. 7 alin. 3 teza II pe considerentul că publicarea în Buletinul Procedurilor de Insolvenţă a notificării privind deschiderea procedurii insolvenţei faţă de un anumit debitor este opozabilă şi creditorilor care nu au fost identificaţi în nici un fel printr-o listă a creditorilor depusă în termenul legal sau au fost identificaţi insuficient, cu elemente insuficiente pentru efectuarea notificării potrivit Codului de procedură civilă, iar aceşti creditori, luând cunoştinţă astfel despre deschiderea procedurii faţă de debitor, se presupune că ştiu sau trebuie să ştie că sunt creditorii acelui debitor şi că în consecinţă pot face declaraţiile de creanţă în procedură. Demersurile lichidatorului în cauză pentru ca şi după efectuarea în mod legal a notificării, debitorul să depună la dosar o listă completă a

creditorilor pentru notificarea acestora şi potrivit Codului de procedură civilă, ulterior împlinirii termenului de depunere a declaraţiilor de creanţă nu a avut nici o îndreptăţire legală, în condiţiile în care potrivit art. 35 din Legea nr. 85/2006 documentele prevăzute de art. 28 alin. (1) trebuie depuse de debitor în 10 zile de la deschiderea procedurii iar aceste demersuri sunt contrare principiului celerităţii şi pot determina bulversarea etapelor legale ale procedurii insolvenţei. În plus, în cauză societatea debitoare şi societatea recurentă au aceleaşi persoane fizice asociate, ceea ce implică faptul că se cunoştea de către reprezentanţii recurentei despre deschiderea procedurii.

Prin urmare, susţinerile părţilor privind demersurile efectuate începând cu luna ianuarie 2008 pentru completarea listei creditorilor în vederea efectuării notificării şi potrivit Codului de procedură civilă nu se justifică a mai fi analizate şi în mod individual.

Având în vedere aceste considerente Curtea, în baza art. 312 alin. (1) Cod procedură civilă, a respins recursul ca nefondat şi totodată, a respins cererea intimatei debitoare privind obligarea recurentei la plata cheltuielilor de judecată, ca neîntemeiată, având în vedere că nu s-a dovedit efectuarea în concret de către intimat a cheltuielilor pretinse.

*

Dacă nu se respectă cerinţele legale, în mod cumulativ, notificarea este nulă, nulitatea putând fi invocată de cel interesat.

Notificarea revine în atribuţia practicianului iar nu a instanţei, care efectuează doar comunicarea hotărârii de deschidere a procedurii pentru curgerea termenului de formulare a recursului.

Comunicarea notificării se va realiza prin fax, scrisoare poştală recomandată sau prin alt mijloc care să permită confirmarea primirii de către creditor şi verificarea datei.

Referitor la efectuarea notificării, practicianul în insolvenţă va avea în vedere, pe lângă dispoziţiile art. 7, art. 61 din Legea nr. 85/2006 şi dispoziţiile H.G. nr. 460/19.05.2005 astfel cum a fost modificată şi completată prin H.G. nr. 1881/ 21.12.2006.

În scopul asigurării opozabilităţii faţă de terţi a deschiderii procedurii şi având în vedere şi art. 63 din Legea nr. 85/2006 notificarea se va comunica nu numai către registrul comerţului sau cel al societăţilor agricole dar şi către Serviciul de Carte funciară şi Arhiva Electronică de

Garanţii Reale Imobiliare în raza cărora se găsesc bunurile debitorului. Este recomandabilă, dar nu obligatorie, notificarea de către practician şi a Administraţiei Financiare, a Direcţiei Locale de Taxe şi Impozite, a Casei de pensii, a Inspectoratului Teritorial de Muncă, în legătură cu eventuale creanţe ale acestora împotriva debitorului, relaţii despre evidenţele privind debitorul etc.

*

În doctrină s-a reţinut în mod greşit că notificarea se va face în condiţiile art. 61 doar în cazul în care s-a deschis procedura generală, cu desemnarea administratorului judiciar, iar nu şi în cazul deschiderii procedurii simplificate, cu dizolvare şi desemnarea unui lichidator.

Or, dispoziţiile art. 109 alin. (1) prevăd în mod expres, dincolo de unele tautologii în formulare, notificarea conform art. 61 şi în cazul deschiderii procedurii simplificate, iar raţiunile pentru care este necesară notificarea se menţin în cazul ambelor ipoteze. Mai mult, în cuprinsul art. 62 alin. (1) lit. c) şi d) se stabilesc expres termene atât pentru procedura generală cât şi pentru procedura simplificată.

*

Dacă creditorii au sediul în străinătate şi nu au reprezentanţi în ţară notificarea li se va comunica în străinătate, conform Codului de procedură civilă. Dacă se adevereşte că nici sediul din străinătate nu este cunoscut comunicarea notificării se va realiza potrivit dispoziţiilor art. 95 C. proc. civ. Oricum, în mod cumulativ, notificarea se publică într-un ziar de largă circulaţie şi în Buletinul procedurilor de insolvenţă.

Notificarea se efectuează imediat după primirea de către practician a înştiinţării de desemnare, pentru asigurarea celerităţii procedurii insolvenţei

1.2. Cuprinsul notificării

Potrivit art. 62 din Legea nr. 85/2006:

(1) Notificarea va cuprinde:

a) termenul limită de depunere, de către creditori, a opoziţiilor la sentinţa de deschidere a procedurii, pronunţată ca urmare a cererii formulate de debitor, în condiţiile art. 32 alin. (1), precum şi termenul de soluţionare a opoziţiilor, care nu va depăşi 10 zile de la data expirării termenului de depunere a acestora;

b) termenul limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanţelor asupra averii debitorului, care va fi de maxim 60 de zile de la deschiderea procedurii, precum şi cerinţele pentru ca o creanţă înregistrată să fie considerată valabilă;

c) termenul de verificare a creanţelor, de întocmire, afişare şi comunicare a tabelului preliminar de creanţe, care nu va depăşi 30 de zile pentru procedura generală sau, respectiv, 15 zile, în cazul procedurii simplificate, de la expirarea termenului prevăzut la lit. b);

d) termenul de definitivare a tabelului creanţelor, care nu va depăşi 30 de zile în cazul procedurii generale şi, respectiv, 15 zile în cazul procedurii simplificate de la expirarea termenului corespunzător fiecărei proceduri, prevăzut la lit. c);

e) locul, data şi ora primei şedinţe a adunării creditorilor, care va avea loc în maximum 5 zile de la expirarea termenului prevăzut la lit. c).

(2) În funcţie de circumstanţele cauzei şi pentru motive temeinice, judecătorul sindic va putea hotărî o majorare a termenelor prevăzute la alin. (1) lit. b), c) şi d) cu maximum 30, 15, respectiv, 15 zile.

Notificarea trebuie să cuprindă şi toate datele referitoare la hotărârea de deschidere a procedurii, dosarul în care a fost pronunţată şi identitatea practicianului desemnat în cauză.

Prin comunicarea notificării se aduc la cunoştinţa creditorilor câteva dintre principalele acte de procedură care se desfăşoară în perioada de observaţie, sub aspectul planificării lor din punct de vedere cronologic.

Termenul referitor la formularea opoziţiilor (lit. a) se prevede doar în cazul în care procedura generală a fost deschisă la cererea debitorului (întotdeauna printr-o încheiere, iar nu şi printr-o sentinţă, în urma modificărilor intervenite prin Legea nr. 277/2009, context în care dispoziţiile art. 62 alin. (1) lit. a), care încă se mai referă la o „sentinţă" de deschidere a procedurii, se impune a fi corelate în mod corespunzător).

Notificarea urmăreşte înştiinţarea tuturor creditorilor, potrivit listei, asupra termenului până la care trebuie depuse declaraţiile de creanţă (lit. b), sens în care sunt vizate creanţele anterioare deschiderii procedurii, asupra termenului până la care trebuie efectuată verificarea creanţelor de către practician şi se întocmeşte tabelul preliminar de creanţe, precum şi asupra termenului până la care se vor soluţiona

eventualele contestaţii la tabelul preliminar şi se întocmeşte tabelul definitiv de creanţe.

Termenul de depunere a declaraţiilor de creanţă este un termen de decădere, care în principiu ar trebui să fie nesusceptibil de întrerupere, suspendare, repunere în termen. Efectul decăderii este exprimat în cuprinsul art. 76 din lege. Majorarea termenului, prevăzută de art. 62 alin. (2) nu echivalează cu o repunere în termen. În situaţia în care un creditor a fost notificat cu încălcarea dispoziţiilor art. 7, nu se poate considera că faţă de creditorul respectiv a început să curgă acel termen (notificarea înştiinţează, practic, şi asupra deschiderii procedurii în sine, iar nu numai asupra termenului).

Pentru termenele de la art. 62 alin. (1) lit. c), dispoziţiile respective nu prevăd expres o anume sancţiune în cazul depăşirii lor (la fel, pentru termenul de la lit. e), care, dacă ar fi prevăzută, ar viza practicianul şi tabelul preliminar; nerespectarea termenelor respective va fi imputabilă practicianului în insolvenţă în baza dispoziţiilor generale din lege referitoarea la posibilitatea de atacare a modului de îndeplinire a atribuţiilor de către acesta. În cazul termenului prevăzut la lit. d) depăşirea lui atrage sancţiunea tardivităţii, la acesta raportându-se termenul de contestare a tabelului definitiv.

Toate termenele prevăzute de art. art. 62 alin. (1) sunt greu de respectat în practică, în primul rând pentru că administratorul judiciar nu primeşte suficient de repede înştiinţarea privind desemnarea sa în cauză, astfel că adeseori se dovedeşte a fi justificată majorarea lor potrivit art. 62 alin. (2), care are în vedere în acest sens doar termenele privind procedura de verificare a creanţelor [lit. b), c) şi d)], pentru motive temeinice, cum ar fi complexitatea procedurii, numărul ridicat de creditori etc.

În raport cu principiul celerităţii legiuitorul a avut şi are tendinţa de a micşora durata termenelor prevăzute pentru derularea procedurii, fie că au caracter de recomandare, fie că sunt imperative, tendinţă care s-a reflectat şi asupra termenelor din art. 62. Această tendinţă poate fi acceptată în limite rezonabile, sub condiţia menţinerii corelării tuturor termenelor în urma micşorării duratei, dar nu trebuie exagerată în sensul prevederii unor durate extrem de mici ale termenelor, dincolo de limita posibilităţilor reale de reacţie din partea participanţilor la procedură.

Majorarea termenelor de la lit. b), c), d) trebuie să se facă concomitent pentru toate termenele avute în vedere, iar nu doar pentru unul sau altul dintre acestea, pentru a nu interveni suprapuneri de termene.

Despre majorarea termenelor potrivit art. 62 alin. (2) trebuie înştiinţaţi toţi creditorii, inclusiv cei care depuseseră declaraţie în termenul iniţial, nu atât pentru ca şi aceştia să poată contesta creanţele ce se vor depune ulterior, în condiţiile în care contestaţia se poate face în raport cu termenul prevăzut la art. 62 alin. (1) lit. d), ci pentru a li se asigura şi acestora posibilitatea completării declaraţiei de creanţă etc.

Oricum, majorarea trebuie considerată în beneficiul tuturor creditorilor, inclusiv al celor care au depus declaraţie în termenul iniţial, neputându-se aprecia că în urma majorării coexistă două termene, unul valabil pentru cei care a depus şi altul pentru cei care vor depune declaraţii.

Notificarea trebuie să cuprindă şi condiţiile pe care o creanţă trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerată valabilă (temei juridic, probe, modul de calcul al accesoriilor etc.) pe lângă cerinţele legale privind caracterul cert, lichid şi exigibil.

La adunarea creditorilor la care face referire art. 62 alin. (1) lit. e participă creditorii menţionaţi în tabelul preliminar al creditorilor, potrivit art. 72 alin. (3) din lege. Termenul de 5 zile este extrem de scurt pentru certitudinea realizării convocării creditorilor.

§2. Menţionarea deschiderii procedurii în registrele privind bunurile debitorului

Potrivit art. 63 din Legea nr. 85/2006:

Dacă debitorul are bunuri supuse transcripţiei, inscripţiei sau înregistrării în registrele de publicitate, administratorul judiciar/lichidatorul va trimite instanţelor, autorităţilor sau instituţiilor care ţin aceste registre o copie de pe sentinţa de deschidere a procedurii, spre a se face menţiune.

Dispoziţiile art. 63 vizează bunurile debitorului în primul rând, în contextul unor norme privind stabilirea creanţelor şi este situată ca atare în economia Legii nr. 85/2006 ca o consecinţă a preluării astfel din

legea anterioară; nu au avut ca scop al reglementării completarea dispoziţiilor art. 50, pentru că deşi este vorba tot de bunuri ale debitorului, aceste dispoziţii nu se mai referă şi la acte, ci doar la efectuarea menţiunii privind deschiderea procedurii în registrele în care bunurile debitorului sunt transcrise, înscrise sau înregistrate, spre ştiinţă (oricum, în raport cu prevederile Legii nr. 277/2009 dispoziţiile art. 50 din Legea nr. 85/2006 s-au abrogat). Dispoziţiile art. 63 vizează practic o anume publicitate a deschiderii procedurii faţă de terţi. Prin notarea deschiderii procedurii în foaia de sarcini a bunului terţii sunt preveniţi asupra situaţiei debitorului proprietar şi totodată se susţine conservarea bunurilor debitorului, urmărindu-se evitarea modificării situaţiei juridice a bunurilor respective.

Textul de lege prevede trimiterea doar a sentinţei deşi ar fi trebuit să aibă în vedere că se deschide procedura şi prin încheiere, şi în acest caz fiind la fel de necesară facerea menţiunii.

Această notificare trebuie efectuată cât mai repede după deschiderea procedurii sau după ce se descoperă bunurile supuse transcripţiunii, inscripţiei sau înregistrării.

§3. Cererea de admitere a creanţei (declaraţia de creanţă)

3.1. Necesitatea declaraţiei de creanţă

Creditorii, pentru a deveni creditori concurenţi în procedură, adică creditori îndreptăţiţi să participe la procedura insolvenţei în înţelesul art. 3 pct. 8 din lege, trebuie neapărat să fie verificaţi, sens în care legea instituie o procedură de verificare, care începe prin declaraţia de creanţă, pe care trebuie să o facă orice creditor care doreşte să concure în procedură şi de la care creditorii devin creditori în înţelesul art. 3 pct. 7 din lege.

Procedura verificării nu poate fi înlocuită cu o alta, pentru că creditorii nu pot să-şi valorifice în alt mod creanţa şi să concureze în procedură, neputând să cheme în judecată pe calea dreptului comun debitorul pentru a obţine o hotărâre judecătorească, deoarece la aceasta se opun dispoziţiile art. 36. Valorificarea creanţei prin acţiunea de drept

comun a fost înlocuită prin procedura verificării creanţelor, în care fiecare creditor îşi stabileşte creanţa, în principiu, în contradictoriu cu ceilalţi creditori, cu debitorul, deci cu părţile interesate (art. 73). Nu vor fi supuse, însă, verificării creanţele constatate prin titluri executorii (hotărâri judecătoreşti etc.) şi nici creanţele bugetare rezultând dintr-un titlu executoriu necontestat în termenele prevăzute de legi speciale [art. 66 alin. (1), (2)]. Doar acestea sunt excepţiile de la verificarea creanţelor.

În alte reglementări s-a pus problema dacă trebuie să fie verificate şi creanţele garantate. S-a susţinut, de exemplu, că creditorii cu creanţe garantate nu trebuie să se supună verificării decât dacă intenţionează să concure şi ei, alături de creditorii chirografari, asupra bunurilor debitorului nesupuse garanţiei, altfel nu vor intra între creditorii concurenţi şi vor avea o situaţie aparte.

În Legea nr. 85/2006 se prevede expres că creditorii garantaţi participă pentru diferenţa rămasă negarantată din creanţă alături de creditorii chirografari, astfel că creanţele lor trebuie supuse procedurii verificării.

3.2. Natura declaraţiei de creanţe

Prin declaraţia de creanţă, creditorul urmăreşte să obţină un titlu pentru a participa la plăţile/distribuţiile din procedură în urma lichidării bunurilor debitorului (sau, în mod corespunzător, la cele din reorganizarea judiciară). Natura acestei cereri diferă în funcţie de cele două faze distincte ale procedurii de verificare: o primă fază având caracter administrativ, derulată în cadrul procedurii, dar nu în instanţă, în care declaraţiile de creanţă sunt verificate de practicianul în insolvenţă şi admise, dacă nu sunt contestate de cineva sau în măsura în care apreciază astfel practicianul şi o a doua fază, în faţa tribunalului, prin judecătorul sindic, care începe de îndată ce o creanţă este contestată printr-o sesizare adresată acestuia. În prima fază cererea de creanţă, deşi poate avea aceeaşi formă, nu are caracter de acţiune în justiţie ci de simplă cerere de administrare şi conservare pe care o poate face oricine are capacitatea de administrare. În a doua fază cererea de creanţă ar trebui să aibă rolul de cerere prin care s-a intentat o acţiune,

iar reclamantul să fie creditorul care a formulat cererea de verificare a creanţei în raport cu care, în urma contestaţiei să apară litigiul. În acest sens era reglementarea anterioară, din Codul comercial. În raport cu cele arătate, în prima fază cererea de creanţă poate fi făcută chiar şi de o persoană care nu poate sta în justiţie dar are capacitatea de a-şi administra patrimoniul, iar în faza a doua persoana incapabilă trebuie să obţină abilitarea de a sta în justiţie. Sub Legea nr. 85/2006 lucrurile s-au schimbat: prima fază se derulează de către practicianul în insolvenţă şi în afara instanţei, astfel că cererea de admitere a creanţei nu poate fi apreciată drept o acţiune în justiţie în acest context, iar în faza a doua nu cererea de admitere a creanţelor constituie acţiunea în justiţie, ci contestaţia în temeiul art. 73 care nu se mai raportează la (creanţa din) declaraţia de creanţă iniţială, ci la creanţa astfel cum a fost menţionată într-un act ulterior acesteia, tabelul preliminar, de către practician, în urma verificării de către acesta.

3.3. Obligativitatea depunerii declaraţiilor de creanţă. Excepţii

Potrivit art. 64 din Legea nr. 85/2006 în forma iniţială:

(1) Cu excepţia salariaţilor ale căror creanţe vor fi înregistrate de administratorul judiciar conform evidenţelor contabile, toţi ceilalţi creditori, ale căror creanţe sunt anterioare datei de deschidere a procedurii, vor depune cererea de admitere a creanţelor în termenul fixat în sentinţa de deschidere a procedurii; cererile de creanţe vor fi înregistrate într-un registru, care se va păstra la grefa tribunalului.

(2) Abrogat.

(3) Cererea de admitere a creanţelor trebuie făcută chiar dacă acestea nu sunt stabilite printr-un titlu.

(4) Creanţele nescadente sau sub condiţie la data deschiderii procedurii vor fi admise provizoriu la masa credală şi vor fi îndreptăţite să participe la distribuiri de sume în măsura îngăduită de prezenta lege.

(5) Sunt considerate sub condiţie şi acele creanţe care pot fi valorificate împotriva debitorului numai după executarea unui codebitor principal.

(6) Creanţele născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observaţie sau în perioada reorganizării judiciare vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea lor la masa credală... Prevederea se aplică în mod corespunzător pentru creanţele născute în procedura de faliment. (textul alin. (6) a fost introdus prin Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008).

Creditorii participă la procedură dacă formulează cererea de admitere a creanţelor lor, pe care trebuie să le probeze.

Cererea de admitere a creanţelor, denumită în mod obişnuit şi declaraţie de creanţe, este supusă timbrării potrivit legii.

Cel puţin câteva aspecte trebuie analizate în mod separat în legătură cu această cerere.

3.3.1. Titularul cererii introductive

Dispoziţiile art. 64 alin. (1) din lege exceptează expres de la depunerea declaraţiei de creanţă (în text „cerere de admitere a creanţelor") doar salariaţii debitorului, precizând că toţi ceilalţi creditori trebuie să procedeze la depunerea acesteia. În aceste condiţii, creditorul titular al cererii introductive mai trebuie să facă demersul în acest sens, separat de cererea introductivă în sine? Teoretic, ar trebui, aceasta pentru că în raport cu reglementarea legală, sub aspectul obiectului, cererea introductivă, care priveşte stabilirea existenţei stării de insolvenţă, adică a condiţiilor prevăzute legal pentru deschiderea procedurii, nu este aceeaşi cu declaraţia de creanţă, prin care se supune verificării creanţa invocată împotriva debitorului, iar aceasta din urmă este prevăzută distinct în lege. Judecata privind condiţiile menţionate nu implică analizarea creanţei decât sub unele aspecte dintre cele prevăzute a fi analizate în procedura de verificare a creanţei (astfel, nu este obligatorie determinarea întregului cuantum al creanţei ci este suficient să se probeze depăşirea pragului legal, nu se analizează prioritatea, dacă este sau nu vorba de o creanţă garantată etc.). Practic, însă, este de reţinut că referitor la creanţă, dispoziţiile art. 31 alin. (1), respectiv art. 65 alin. (1) prevăd de fapt aceleaşi menţiuni atât pentru cererea introductivă a creditorului, cât şi pentru declaraţia de creanţă, cu excepţia drepturilor de preferinţă pentru aceasta din urmă. Dacă se consideră drept scop

obiectul celor două cereri se poate concluziona că o parte din cererea introductivă, referitoare la creanţă vizează atât scopul stabilirii existenţei stării de insolvenţă cât şi al supunerii creanţei spre verificare, astfel că cererea introductivă poate fi reţinută şi drept declaraţie de creanţă iar creditorul titular al cererii introductive nu trebuie să mai depună această din urmă cerere în mod separat; dar, este la latitudinea lui să aducă unele completări, de exemplu referitor la garanţii, la eventualele alte creanţe pe care le pretinde, desigur în termenul stabilit conform art. 62 alin. (1) lit. b) (garanţii care nu au constituit obiectul cererii introductive). Dacă creditorul nu face completarea necesară, aceasta este pe riscul lui. În concluzie, cererea introductivă a creditorului trebuie apreciată ca valorând şi declaraţie de creanţă, în raport cu care se va efectua verificarea, nefiind obligatorie formularea distinctă a unei declaraţii de creanţă de către creditorul titular al cererii introductive, supusă termenului din art. 62 alin. (1) lit. b). Dar, trebuie precizat că creanţa la care se referă trebuie supusă verificării, fie şi în completarea aspectelor care, eventual, au constituit obiectul hotărârii de deschidere a procedurii, hotărârea respectivă neputând fi invocată drept titlu al creanţei (un astfel de titlu poate fi, însă, hotărârea anterioară, dată într-un proces în pretenţii). Doar dacă ar fi un astfel de titlu, s-ar putea susţine că practicianul trebuie să se supună autorităţii de lucru judecat şi prevederilor exprese ale art. 66 alin. (1), (2), dar atunci nu s-ar mai putea justifica nici posibilitatea contestării acestor creanţe potrivit art. 73 sau 75. Trebuie făcută distincţie între aspectul necesităţii formulării pe lângă cererea introductivă şi a unei cereri de admitere a creanţei şi cel privind verificarea creanţei respective. Cel de al doilea aspect, privind verificarea, trebuie îndeplinit în mod obligatoriu, din moment ce hotărârea de deschidere nu este un titlu pentru creanţă, pentru că nu acesta a fost scopul judecăţii (în judecata cererii introductive scopul este acela de a stabili dacă debitorul este sau nu în insolvenţă, în lipsă de lichidităţi iar creanţa constituie numai punctul de referinţă în acest scop – chiar dacă se stabileşte că există o creanţă certă, lichidă şi exigibilă, cererea introductivă se respinge dacă se probează existenţa lichidităţilor băneşti în raport cu aceasta). Verificarea creanţei respective nu este prevăzută în sarcina judecătorului sindic, ci a practicianului, deci trebuie îndeplinit de acesta, chiar şi împotriva considerentelor din hotărârea respectivă,

care oricum, sunt supuse criticilor, indirect, pe calea contestaţiilor la creanţe.

3.3.2. Angajaţii debitorului

Dispoziţiile art. 64 alin. (1) referitoare la angajaţii debitorului reflectă intenţia legiuitorului de a considera privilegiată creanţa acestora, alături de dispoziţiile art. 123 pct. 2, care prevăd plata acestor creanţe în faliment imediat după plata cheltuielilor de administrare a procedurii, mai înainte chiar decât plata creanţelor bugetare.

Angajaţii debitorului nu trebuie să depună ei înşişi cerere de admitere a creanţelor, ci creanţele lor vor fi înregistrate de administratorul judiciar conform evidenţelor contabile. În acest sens legiuitorul a considerat că astfel de creanţe au un grad de certitudine suficient în raport cu evidenţele contabile şi nu are rost să se rişte încărcarea cauzei cu un număr mare de declaraţii de creanţă. Angajaţii vor putea, însă, contesta modul de menţionare a creanţei lor în tabelul preliminar.

Aceasta înseamnă că notificarea prevăzută de art. 61 nu trebuie să vizeze în mod obligatoriu şi angajaţii, din moment ce acestora nu le incubă obligaţia depunerii unei declaraţii de creanţă, cu respectarea termenului stabilit prin hotărârea de deschidere a procedurii. Obligaţia respectivă este înlocuită, sub aspect procedural legal, cu obligaţia administratorului judiciar de a înregistra creanţele angajaţilor (desigur, în termenul stabilit prin hotărârea de deschidere), ceea ce nu trebuie reţinut şi ca o decădere a angajaţilor din dreptul de a sesiza administratorul judiciar referitor la creanţa lor, mai ales că practic sunt posibile situaţii în care sediul şi mai ales evidenţele contabile ale debitorului nu sunt găsite sau nu există posibilitatea completării lor şi deci nici posibilitatea autosesizării practicianului în insolvenţă. Desigur că administratorul judiciar ar putea face şi alte demersuri în completare, de exemplu la inspectoratul teritorial de muncă etc. dar rămâne ideea că poate fi sesizat şi de angajaţi, sesizarea neputând, însă, să fie calificată obligatoriu drept declaraţie de creanţă, pentru că dacă legea prevede expres o formă procedurală, implicit o exclude pe cealaltă (din moment ce nu e obligatoriu să facă obiectul notificării, sau să respecte termenul, nu s-ar mai aplica în mod cursiv legea). Fie că formulează o astfel de

sesizare, fie că nu, angajaţii vor putea, în mod legal potrivit art. 73, să conteste tabelul preliminar de creanţe referitor la creanţa lor, ca şi cum ei au formulat declaraţie de creanţă.

În acelaşi sens, dispoziţiile art. 3 pct. 8 din Legea nr. 85/2006 astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 277/2009 prevăd expres că salariaţii debitorului au calitatea de creditor îndreptăţit să participe la procedura insolvenţei fără să depună personal declaraţiile de creanţă; în mod similar, salariaţii debitorului au şi calitatea de creditor în înţelesul prevăzut de dispoziţiile art. 3 pct. 7, astfel cum prevăd aceste dispoziţii în mod expres.

Salariaţii debitorului pot avea şi calitatea de creditor în înţelesul art. 3 pct. 6, iar dacă vor să obţină deschiderea procedurii trebuie să formuleze cererea introductivă.

Evidenţele contabile constituie o probă ca atare, astfel că în cazul în care angajaţii vor pretinde o creanţă mai mare decât rezultă din acestea, trebuie să administreze probe în sensul respectiv, în conformitate cu art. 1169 C. civ., de valoare probatorie cel puţin egală cu aceea a evidenţelor contabile, ceea ce este puţin probabil. Trebuie precizat că nu sunt înscrise din oficiu de practicianul în insolvenţă orice creanţe ale angajaţilor, ci doar creanţele salariale ale acestora; potrivit art. 3 pct. 10 din lege acestea sunt creanţele ce izvorăsc din raporturi de muncă între debitor şi angajaţii acestuia; dacă un angajat deţine împotriva debitorului şi o altă creanţă care izvorăşte din alte raporturi decât cele de muncă, angajatul respectiv nu mai este exceptat de la obligaţia de a depune declaraţia de creanţă în termenul stabilit legal pentru respectiva creanţă distinctă.

3.4. Obiectul cererii – creanţele anterioare deschiderii procedurii

În cuprinsul Legii nr. 85/2006, prin „toţi ceilalţi creditori" dispoziţiile art. 64 alin. (1) au în vedere creditorul în înţelesul art. 3 pct. 6, adică creditorul îndreptăţit să solicite deschiderea procedurii insolvenţei, având împotriva patrimoniului debitorului o creanţă certă, lichidă şi exigibilă, care, în mod evident, este anterioară deschiderii procedurii. După depunerea declaraţiei de creanţă, legea are în vedere creditorul în

înţelesul art. 3 pct. 7 din lege, adică persoana fizică sau juridică ce deţine un drept de creanţă asupra averii debitorului şi care a solicitat în mod expres, instanţei să îi fie înregistrată creanţa în tabelul definitiv de creanţe sau în tabelul definitiv consolidat de creanţe şi care poate face dovada creanţei sale faţă de patrimoniul debitorului, în condiţiile legii.

Prin declaraţia de creanţe se poate solicita admiterea, în sensul înscrierii în tabelul de creanţe, doar a creanţelor anterioare datei deschiderii procedurii. Potrivit art. 3 pct. 4 din Legea nr. 85/2006, data deschiderii procedurii insolvenţei reprezintă data pronunţării de către judecătorul sindic a hotărârii (sentinţă sau încheiere) în acest sens.

Prin formularea „vor depune" din textul art. 64 alin. (1) se arată caracter obligatoriu al depunerii declaraţiei de creanţă, desigur în limita principiului disponibilităţii părţii, dar sub imperiul aplicării sancţiunii decăderii prevăzută de art. 76 din lege. În acelaşi sens sunt şi dispoziţiile art. 64 alin. (3), care arată că declaraţia de creanţe trebuie să fie formulată indiferent dacă acestea sunt sau nu stabilite printr-un titlu.

3.5. Creanţele nescadente şi sub condiţie

Deoarece cererea creditorilor de deschidere a procedurii insolvenţei împotriva debitorului înseamnă mai mult decât o simplă cerere de executare silită, rezultă că au dreptul de a beneficia de procedură şi creditorii care nu ar putea să recurgă la executarea silită pentru că nu au un titlu executoriu. De altfel, în principiu creanţele pot fi dovedite prin orice mijloc de probă, iar nu doar în mod obligatoriu printr-un titlu executoriu.

În acelaşi context, cererea de admitere a creanţelor apare ca fiind o măsură de apărare faţă de riscul pe care îl prezintă un debitor aflat în situaţia insolvenţei pentru creditori; într-o astfel de situaţie nu se poate pretinde creditorilor ale căror creanţe nu au ajuns încă la scadenţă, sunt sub condiţie, nu sunt lichide sau sunt litigioase să asiste impasibil cum debitorul îşi disipează averea, se înţelege cu unii dintre creditori împotriva altora etc. astfel că atunci când, de exemplu, creanţele lor ar ajunge la scadenţă sau s-ar împlini condiţia, în averea debitorului să nu mai rămână nimic şi pentru îndestularea lor.

Referitor la aspectele în discuţie sunt necesare unele lămuriri. Creanţele pot fi litigioase în cazul unor acţiuni judiciare sau extrajudiciare împotriva averii debitorului, cu privire la care odată deschisă procedura intervine suspendarea în baza art. 36 Legea nr. 85/2006 şi în continuare aspectele litigioase se soluţionează potrivit reglementării insolvenţei (referirea la aceste creanţe se face în art. 64 alin. (3). La creanţele nelichide fac referire dispoziţiile art. 69, astfel cum se va arăta la secţiunea privind analiza acestor dispoziţii. La creanţele sub condiţie sau nescadente fac referire dispoziţiile art. 64 alin. (4), (5), respectiv art. 68 din lege. În raport cu cerinţele legale prevăzute expres în ceea ce priveşte creanţa existentă pentru deschiderea procedurii, creanţele nescadente, sub condiţie sau nelichide nu ar putea justifica admiterea unei cereri de deschidere a procedurii.

Aceasta nu înseamnă, însă, că nu trebuie să beneficieze şi creanţele respective de o procedură deschisă, pentru că ar fi discriminatoriu, dar în timp ce după calcularea în bani a creanţelor nelichide acestea devin creanţe obişnuite, inclusiv sub aspectul lichidităţii, în cazul celor nescadente sau sub condiţie situaţia distribuirilor în cazul lor va fi aparte de ipoteza celorlalte.

Creanţele sub condiţie

În conformitate cu art. 64 alin. (4) atât creanţele nescadente cât şi cele sub condiţie sunt admise la masa credală doar provizoriu şi vor fi îndreptăţite să participe la distribuiri de sume în măsura în care se prevede în legea specială.

Prin urmare, creanţele care prin natura lor au un caracter temporar, cum sunt creanţele supuse unei condiţii rezolutorii, vor fi admise condiţionat şi doar cu titlu provizoriu. Condiţia trebuie să greveze creanţa la data deschiderii procedurii. Practic, în cazul creanţelor sub condiţie suspensivă este vorba de creanţe neexigibile la data deschiderii procedurii, exigibilitatea intervenind ulterior, la momentul şi sub rezerva îndeplinirii condiţiei. Condiţia suspensivă afectează însăşi existenţa obligaţiei.

În privinţa ordinii de preferinţă pentru cazul creanţelor sub condiţie, asupra distribuirilor trebuie avute în vedere dispoziţiile art. 127, 128 din lege.

În fapt, creanţele în discuţie sunt admise provizoriu la masa credală, sunt provizionate şi vor fi plătite doar în măsura în care situaţia lor este lămurită sub aspectul juridic specific.

În mod obişnuit, sub aspectul condiţionării unei creanţe sunt avute în vedere condiţia rezolutorie şi condiţia suspensivă, în înţelesul prevăzut în dreptul comun. În raport cu prevederile art. 64 alin. (5), legiuitorul a asimilat creanţei sub condiţie şi creanţa care poate fi valorificată numai după executarea unui codebitor principal, condiţia fiind încercarea prealabilă de executare mai întâi împotriva codebitorului respectiv, în raport cu beneficiul de discuţiune şi de diviziune pe care îl poate pretinde debitorul, şi doar dacă această executare este de nerealizat, în tot sau în parte, atunci se va continua realizarea creanţei împotriva debitorului supus procedurii insolvenţei.

Condiţia suspensivă. Reglementată în art. 1017-1018 C. civ., este definită ca fiind un eveniment viitor şi nesigur de care depind naşterea retroactivă a raportului juridic de obligaţii. Până la momentul realizării sau nerealizării evenimentului existenţa raportului obligaţional, a creanţei este „suspendată", incertă (practic, se poate considera că creanţa nu există, astfel că nu se poate cere plata ei). Prin urmare, până la îndeplinirea condiţiei nu există justificare pentru ca titularul unei creanţe acceptate provizoriu sub o astfel de condiţie să voteze în adunarea creditorilor sau să participe la distribuiri în cadrul procedurii în calitate de creditor. Prin prevederile art. 74 alin. (3) din Legea nr. 85/2006 astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 277/2009 interdicţia sub aspectele arătate a fost prevăzută în mod expres. Din momentul în care condiţia suspensivă s-a realizat, existenţa creanţei se consideră retroactiv, dar, în condiţiile specifice procedurii insolvenţei, creditorul va lua această procedură începând cu acel moment, fără a putea ridica pretenţii în legătură cu perioada anterioară îndeplinirii condiţiei, în care i-au fost aplicabile interdicţiile. În cazul în care condiţia nu se realizează (în timpul procedurii) nu se poate vorbi de existenţa unei creanţe sau de calitatea de creditor.

Condiţia rezolutorie. Reglementată în art. 1019-1021 C. civ., este definită ca un eveniment viitor şi nesigur de care depinde desfiinţarea retroactivă a raportului juridic de obligaţii, care era deja născut şi, uneori, executat. Până la realizarea condiţiei rezolutorii, creanţa s-a

născut, există şi îşi produce toate efectele, cine posedă sub această condiţie posedând pur şi simplu şi nu trebuie să se îndeplinească condiţia pentru ca titularul să poată veni la plată. Prin urmare, creditorul titular al unei creanţe acceptate provizoriu sub condiţie rezolutorie are calitatea de creditor îndreptăţit să participe la procedura insolvenţei cât timp nu s-a îndeplinit condiţia. În cazul în care s-a îndeplinit condiţia rezolutorie, se consideră că creanţa nu a existat vreodată (retroactiv). Problema restituirii eventualei distribuiri primite nu ar trebui să intervină, deoarece acceptarea sub condiţie a creanţei înseamnă provizionarea plăţii acesteia, până la momentul la care urmează să intervină îndeplinirea sau neîndeplinirea condiţiei, iar nu efectuarea vreunei distribuiri. Asupra unor efecte ale admiterii provizorii nu se mai poate, însă, reveni (cum este cazul votului dat în adunarea creditorilor etc.). Dacă nu se îndeplineşte condiţia rezolutorie, creanţa rămâne în continuare consolidată (pură şi simplă).

După cum am mai arătat, în reglementările anterioare, toate creanţele erau considerate scadente la data deschiderii falimentului, cu consecinţa simplificării procedurii, apariţia reorganizării judiciare complicând reglementarea inclusiv sub aspectul condiţiilor legale privind posibilitatea participării creditorilor la distribuirile din cadrul procedurii. Prin dispoziţiile Legii nr. 277/2009, Legea nr. 85/2006 a fost modificată în sensul că potrivit art. 112 alin. (4) „creanţele băneşti asupra averii debitorului se consideră scadente la data deschiderii procedurii de faliment".

*

Dispoziţiile art. 64 alin. (2), care prevedeau că dispoziţiile art. 64 alin. (1) se aplică în mod corespunzător şi titularilor de acţiuni la purtător, au fost abrogate prin dispoziţiile O.U.G. nr. 173/2008, acţionarii nefiind creditori în sensul art. 3 pct. 6 din lege.

În pasivul societăţii debitoare ce urmează a fi acoperit potrivit scopului prevăzut de art. 2 sau în obiectul vreunei plăţi efectuată pe seama debitorului în derularea procedurii nu se poate include în nici un caz valoarea acţiunilor sau părţilor sociale emise de debitor. În raport cu dispoziţiile art. 64 alin. (1) şi (5) acţiunile sau părţile sociale nu pot fi reţinute nici drept creanţe anterioare deschiderii procedurii, nici drept creanţe născute ulterior deschiderii procedurii. Prin urmare, asociaţii sau acţionarii debitorului nu justifică în procedură calitatea de creditori

cu privire la valoarea acţiunilor sau părţilor lor sociale. În general, acţionarii sau asociaţii nu sunt părţi în procedură în mod direct, interesele lor fiind reprezentate de administratorul special. Nici ipoteza prevăzută de art. 133 lit. a) din lege nu are în vedere în procedură o eventuală calitate de creditori a asociaţilor/acţionarilor pentru valoarea părţilor sociale sau a acţiunilor.

3.6. Termenul pentru formularea declaraţiei de creanţă

Data până la care creditorii pot depune declaraţii de creanţă constituie termenul legal limită pentru înregistrarea acestor cereri stabilit prin sentinţa de deschidere a procedurii şi care a constituit obiectul notificării prevăzute de art. 61, conform art. 62 alin. (1) lit. b), respectiv, termenul majorat potrivit art. 62 alin. (2).

Depunerea în termen dă posibilitate practicianului să facă verificările de rigoare pentru a vedea dacă există sau nu creanţa astfel cum a fost declarată. Nedepunerea declaraţiei în termenul menţionat atrage tardivitatea cererii, sancţionată în condiţiile art. 76.

Legea prevede acelaşi termen pentru depunerea declaraţiei de creanţă atât pentru creditorii din ţară cât şi pentru cei din străinătate, care nu au o reprezentanţă în ţară, ceea ce poate dezavantaja pe aceştia din urmă.

O declaraţie de creanţă poate fi depusă în termenul legal dar în mod incomplet. Poate fi completată în mod valabil după împlinirea termenului? Credem că da, atât în cazul în care caracterul incomplet priveşte cuantumul creanţei în sine cât şi în cazul în care priveşte prioritatea sau dovezile; aceasta în raport cu art. 67 alin. (1), conform căruia oricum practicianul verifică fiecare creanţă declarată (cu excepţia celor care legal sunt expres exceptate) în scopul de a stabili atât valoarea exactă cât şi prioritatea. Dar, în cazul în care, deşi creditorul a depus o declaraţie de creanţă în termenul legal, după împlinirea acestuia se mai depune o completare a declaraţiei referitor la o altă creanţă decât cea iniţial solicitată (pe un alt temei juridic etc.; de exemplu, administraţia financiară a depus în termen declaraţie pentru unele creanţe dar apoi a supus debitorul unui nou control, descoperind că

acesta datorează şi o altă creanţă, distinctă), tardivitatea va interveni dar doar cu privire la completarea de creanţă. Nu intervine, însă, sancţiunea tardivităţii completării declaraţiei dacă în aceasta nu este vorba de o creanţă distinctă ci, de exemplu, doar de adăugarea unor noi accesorii, când există îndreptăţirea legală pentru calcularea acestora în continuare.

Nedepunerea în termen odată cu declaraţia de creanţă a documentelor justificative pentru creanţă şi/sau garanţii va genera riscul considerării de către practician a creanţei şi/sau a garanţiei ca neîntemeiate şi va conduce la înlăturarea creanţei în sensul nemenţionării ei în tabelul preliminar, respectiv, la menţionarea unei creanţe negarantate. Desigur că documentele justificative pot fi depuse şi în timpul verificării de către practician şi cel mai târziu în contextul contestării tabelului preliminar.

Dacă nu se fac în cuprinsul cererii menţiunile referitoare la drepturile de preferinţă sau la garanţii, acestea nu dispar, nu pot fi considerate ca inexistente, pentru că cererea de admiterea creanţelor nu are vreun efect novator, iar creditorul care le-a omis dar a declarat creanţa nu poate fi tratat mai rău decât cel care nu a declarat nici una nici alta. Creditorul admis în tabelul preliminar în calitate de creditor chirografar poate, în cuprinsul primei faze precum şi pe calea contestaţiilor prevăzute de art. 73, respectiv art. 75, în condiţiile prevăzute legal, să ceară verificarea şi recunoaşterea dreptului său de preferinţă sau a garanţiei, dar dacă va avea câştig de cauză, va fi vorba de drepturi pentru viitor, neputând să reclame ceva din eventualele distribuiri anterioare.

În ceea ce priveşte prescripţia extinctivă, intervenirea acesteia trebuie apreciată referitor la creanţele supuse verificării, în raport cu data declaraţiei de creanţă iar nu a deschiderii procedurii. Prescripţia care nu a intervenit pentru o creanţă până la deschiderea procedurii, poate interveni până la data declaraţiei de creanţă.

Dincolo de eventuale aparenţe, toate termenele din art. 62 alin. (1) se stabilesc pe zile iar nu pe luni şi se calculează pe zile libere, prima şi ultim a zi neintrând în calcul.

Dispoziţiile art. 62 alin. (1) lit. b) se referă expres la termenul limită pentru înregistrarea cererii, ceea ce înseamnă că declaraţia de creanţă se consideră în termen doar dacă a ajuns la grefa tribunalului până în ultima zi a termenului, când poate fi înregistrată iar nu şi dacă a fost

predată la poştă în acea zi, dar ajunge la grefa tribunalului în zilele următoare.

Declaraţiile de creanţă se depun la registratura („grefa") tribunalului sau direct la dosar în şedinţă publică, în ambele cazuri urmând menţionarea lor în registrul special. Acesta este ţinut la grefa tribunalului, fiind conceput numai pentru înregistrarea declaraţiilor de creanţă, pentru a nu ocupa registrele obişnuite pentru înregistrarea cererilor la instanţă, mai ales în cauzele cu mulţi creditori. În condiţiile în care verificarea creanţelor revine iniţial practicianului în insolvenţă, mulţi dintre creditori sunt tentaţi să trimită practicianului cererea lor de admitere a creanţei, deşi acesta nu are nicio obligaţie legală de a o primi şi/sau de a o remite tribunalului, cu consecinţa că creditorii respectivi se vor vedea lipsiţi de o cerere valabilă iar depunerea unei cereri noi va şi tardivă.

3.7. Creanţele născute după deschiderea procedurii

În doctrină s-a susţinut încă în raport cu forma iniţială a Legii nr. 85/2006 că nu trebuie să depună declaraţie de creanţă, pentru a fi plătiţi, creditorii titulari ai unor creanţe născute ulterior datei deschiderii procedurii, cu următoarele precizări referitor la acest aspect. Dispoziţiile art. 64 alin. (1) şi tabelul definitiv de creanţe se referă doar la creanţele anterioare deschiderii procedurii. Tabelul definitiv stă la baza programului de plată din plan, iar dacă se trece la faliment, dispoziţiile art. 108 alin. (2) lit. a) au în vedere expres depunerea cererii de admitere a creanţelor născute după data deschiderii procedurii. Prin susţinerea exprimată în doctrină se au în vedere creditorii (furnizori etc.) apăruţi în contextul continuării activităţii curente sau a activităţii în baza unui plan confirmat. În calitatea arătată, persoanele respective sunt creditori ai debitorului, dar nu în sensul menţionării lor în tabelele de creanţe, iar creanţele lor sunt plătite cu titlu de plăţi curente în derularea activităţilor menţionate, fără a li se aplica regulile stabilite pentru plata în procedură a creanţelor înscrise în tabelele de creanţe (anterioare deschiderii procedurii). Aceşti creditori vor putea deveni creditori înscrişi la masa credală doar în cazul trecerii la faliment, dacă debitorul nu mai face plăţi în executarea contractului, caz în care

această executare încetează; în acest caz creanţa lor este născută în timpul procedurii şi, fiind în situaţia că în mod evident nu mai este vorba de o continuare a activităţii curente sau pe bază de plan reuşite, în care să nu se lucreze în pierdere şi aceşti creditori, ca şi cei înscrişi în tabelul de creanţe, vor fi interesaţi de trecerea debitorului la procedura falimentului, în contextul căreia vor putea să îşi declare creanţa, cu consecinţa înscrierii în tabelul suplimentar şi tabelul definitiv consolidat (art. 108 alin. (2) pct. 3). Dar, creanţele născute în procedura falimentului vor trebui să fie plătite tot potrivit documentelor din care rezultă, cu menţiunea că activităţile specifice din care pot să rezulte sunt mult reduse în comparaţie cu perioada de observaţie sau de reorganizare judiciară.

Prin dispoziţiile art. 64 alin. (6) din Legea nr. 85/2006 astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 277/2009, legiuitorul a înţeles să prevadă în mod expres că în ceea ce priveşte creanţele născute după deschiderea procedurii, în perioada de observaţie şi de reorganizare în baza unui plan, acestea nu vor fi înscrise în tabelele de creanţe, urmând să fie plătite conform documentelor din care rezultă.

Modificarea în sensul arătat aduce o precizare binevenită, care înlătură confuziile din practică sub acest aspect, generate de formularea textelor de lege existente. După cum am arătat în secţiunea privind analiza dispoziţiilor art. 38 din lege, doar pentru creanţele anterioare deschiderii procedurii se depun declaraţii de creanţe, care se verifică şi se ajunge la stabilirea masei credale, sub forma tabelului definitiv. Referitor la perioada de observaţie şi perioada de reorganizare creanţele născute în raport cu art. 38, 49, 86 sunt ulterioare deschiderii şi apar în baza executării unor contracte etc. în timpul procedurii, fiind în fond cheltuieli care asigură derularea unor acte de procedură. O excepţie ar interveni doar în cazul art. 91 şi, relativ, al art. 104 (cauţiune), altfel astfel de creanţe se plătesc în mod firesc, fără legătură cu tabelul de plată din plan sau tabelul definitiv.

Şi în raport cu modificarea intervenită, în condiţiile trecerii la faliment în procedura generală, potrivit art. 107 alin. (4) şi art. 108 alin. (3), (5) se vor avea în vedere pentru masa credală, în raport cu prevederile art. 62-76 şi creanţele născute după deschiderea procedurii până la momentul respectiv. Termenul „necesar" are, în cuprinsul art. 64 alin. (6)

chiar caracter obligatoriu, în sensul de a nu se trece creanţele ulterioare deschiderii procedurii în plan sau în tabelul definitiv, cu excepţiile menţionate. Dar, în cazul creanţelor de acest gen născute după data trecerii la faliment acestea nu se vor trece în tabelul consolidat ci vor fi plătite conform art. 64 alin. (6) teza II.

3.8. Cererea de admitere a creanţelor

Potrivit art. 65 din Legea nr. 85/2006:

(1) Cererea va cuprinde: numele/denumirea creditorului, domiciliul/sediul, suma datorată, temeiul creanţei, precum şi menţiuni cu privire la eventualele drepturi de preferinţă sau garanţii.

(2) La cerere vor fi anexate documentele justificative ale creanţei şi ale actelor de constituire de garanţii.

(3) Posesorii de titluri de valoare la ordin sau la purtător pot solicita administratorului judiciar restituirea titlurilor originale şi păstrarea la dosar a unor copii certificate de pe acestea. Administratorul judiciar va face menţiunea pe original despre prezentarea acestora. Originalele vor fi prezentate din nou la orice repartiţie de sume între creditori, precum şi la exercitarea votului în adunarea generală a creditorilor.

Pe lângă menţiunile din cuprinsul art. 65 alin. (1) considerăm că cererea de admitere a creanţelor trebuie să fie şi semnată de către creditor, personal sau pe baza unei împuterniciri speciale şi va îmbrăca forma unei cereri de chemare în judecată.

Din moment ce art. 31 alin. (1) lit. c) din lege prevede indicarea în cuprinsul cererii introductive a creditorului a existenţei unor măsuri asigurătorii asupra bunurilor debitorului, această menţiune ar trebui să fie avută în vedere pentru fiecare declaraţie de creanţă.

Creditorii trebuie să anexeze cererii de admitere a creanţelor documentele justificative, din care derivă (adică prin care se probează) creanţa pretinsă şi garanţiile (contracte de garanţii, extrase de carte funciară sau din arhiva electronică etc.). În ceea ce priveşte probarea creanţei poate fi vorba de hotărâri judecătoreşti, contracte, facturi, chitanţe de plată, comenzi, avize de expediţie etc., autentice sau sub semnătură privată, potrivit dreptului comun. Nu este obligatorie

probarea unei creanţe numai printr-un titlu executoriu propriu-zis. Lipsa unui titlu generează cerinţa administrării altor probe, dar prezentarea acestuia înlătură necesitatea depunerii documentelor primare în dovedirea creanţei, prezumându-se că au fost administrate la darea titlului.

Din moment ce dispoziţiile art. 65 alin. (2) se referă expres doar la documente justificative, considerăm că în contextul verificării creanţelor de către practician proba creanţei se poate face, în principal, prin înscrisuri. În raport cu prevederile art. 23 din lege, practicianul ar putea desemna un expert contabil dar lucrarea acestuia nu va avea statut de expertiză contabilă judiciară propriu-zisă, ci va fi făcută în numele practicianului. Proba cu expertiză sau alte probe potrivit dreptului comun (inclusiv martori – cu rezervele de rigoare), pot fi încuviinţate doar în contextul judecării contestaţiilor, de către instanţă, (practicianul nu înlocuieşte instanţa în privinţa încuviinţării, a administrării de probe), justificându-se în raport cu complexitatea obiectului judecăţii, prin faptul că nu pentru orice creanţă se pot preconstitui probe etc. Oricum, chiar şi fără nici o probă (mai puţin în unele cazuri când fără un act nu există creanţă, cum este în cazul cambiei), creanţele trebuie admise dacă nu au fost contestate [art. 66 alin. (3)].

În limita termenului legal de depunere, creditorul poate renunţa la declaraţia de creanţă depusă, sau să revină asupra renunţării. Depunerea ei justifică şi individual întreruperea cursului prescripţiei de la data deschiderii procedurii, ca în cazul unei cereri de chemare în judecată.

În cazul titlurilor de valoare, la ordin sau la purtător şi acestea trebuie depuse la dosar; dar, la cererea titularului pot fi restituite, lăsându-se la dosar copii certificate, însă, pentru exprimarea votului în adunarea creditorilor şi la fiecare distribuire de sume titularul trebuie să le aibă asupra lui, pentru a le prezenta ca dovadă a creanţei, dacă i se va cere.

§4. Creanţele supuse verificării

Potrivit art. 66 din Legea nr. 85/2006:

(1) Toate creanţele vor fi supuse procedurii de verificare prevăzute de prezenta lege, cu excepţia creanţelor constatate prin titluri executorii.

(2) Nu sunt supuse acestei proceduri creanţele bugetare rezultând dintr-un titlu executoriu necontestat în termenele prevăzute de legi speciale.

(3) Toate creanţele prezentate pentru a fi admise şi înregistrate la grefa tribunalului vor fi prezumate valabile şi corecte dacă nu sunt contestate de către debitor, administratorul judiciar sau creditori.

Legiuitorul a instituit principiul verificării tuturor creanţelor de către practicianul în insolvenţă, indiferent de natura sau izvorul lor, cu unele excepţii (şi, bineînţeles, în limita prevăzută de art. 64, adică a creanţelor anterioare deschiderii procedurii).

Potrivit art. 66 alin. (1), legiuitorul a exceptat în mod expres de la procedura de verificare prevăzută de lege, în ceea ce priveşte prima fază a acestei proceduri, creanţele constatate prin titluri executorii (de exemplu, o hotărâre judecătorească) şi creanţele bugetare (izvorâte din impozite, taxe, contribuţii, amenzi etc., cu accesoriile lor – dobânzi, penalităţi etc.), aparţinând nu numai organelor administraţiei financiare ci şi A.V.A.S., A.D.S., R.A.P.P.S. etc.), rezultând din titluri executorii necontestate în termenele prevăzute de legi speciale. Practicianul nu poate pune în discuţie o hotărâre judecătorească, iar în privinţa celorlalte titluri legiuitorul a apreciat necesar să le asimileze valorii probatorii a hotărârii judecătoreşti. Prin urmare creanţele probate prin astfel de titluri vor fi trecute în tabelul preliminar în cuantumul probat. Este de reţinut, însă, că în cazul trecerii la faliment în procedura generală şi creanţele bugetare, dar numai acelea născute ulterior deschiderii procedurii sau în măsura în care li s-a modificat cuantumul din tabelul definitiv sau programul de plată prin plăţi făcute după deschiderea procedurii, vor fi supuse verificării de către practicianul în insolvenţă. Oricum, împotriva menţionării acestor creanţe în tabelul preliminar se poate face contestaţie, însă, este uşor de presupus soluţia pe care o va da tribunalul, prin judecătorul sindic, deoarece în principiu nu se pot face probe contrare împotriva hotărârii judecătoreşti (dar se pot face împotriva celorlalte titluri).

Favorizarea creanţelor bugetare prin exceptarea de la verificare este doar aparentă, din moment ce este vorba de neverificarea unor creanţe constatate prin titluri necontestate în termenul legal (în acest sens, sunt

aplicabile aici principiul maximizării recuperării creanţelor şi principiul nediscriminării creanţelor de rang egal).

Practicianul în insolvenţă va verifica şi creanţele salariaţilor, care nu sunt scutiţi şi de verificare ci doar de depunerea declaraţiei de creanţe.

§5. Mecanismul juridic al verificării creanţelor

Creanţele pot fi contestate în raport cu prevederile art. 66 alin. (3), în faţa practicianului în insolvenţă, pe aspecte diverse: calculul greşit al creanţei, neprobarea acesteia, intervenirea prescripţiei, stingerea creanţei etc.

În raport cu art. 66 alin. (3) şi art. 73, referitor la contestarea creanţelor în doctrină s-a susţinut identitatea dintre contestarea la care se referă art. 66 alin. (3) şi aceea prevăzută de art. 73 din lege, ceea ce ar permite şi practicianului în insolvenţă să formuleze contestaţie în baza acestui din urmă articol de lege. Desigur, se observă că în raport cu această opinie administratorul judiciar nu mai este indicat şi în cuprinsul art. 73 ca având posibilitatea contestării, dar se consideră că e doar o necorelare a dispoziţiilor art. 66 alin. (3) cu acelea ale art. 73 din lege. Chiar dacă în unele opinii se recunoaşte că administratorul judiciar nu face parte dintre persoanele care pot contesta creanţele în temeiul art. 73, nu se justifică, totuşi, de ce e menţionat acesta în cuprinsul art. 66 alin. (3) cu această posibilitate, încercându-se găsirea a tot felul de explicaţii (s-a susţinut chiar că ar fi vorba de situaţia în care practicianul, din eroarea sau reaua-credinţă a altora, nu a avut posibilitatea de a verifica creanţele, ceea ce i-ar da dreptul şi obligaţia să le conteste în baza art. 73, şi dacă nu ar formula o astfel de contestaţie încă în cursul perioadei de timp în care îi revine efectuarea atribuţiei de verificare, nu va mai putea contesta creanţa decât cel mult în baza art. 75 din lege).

Referitor la susţinerile în sensul arătat şi la raportul dintre art. 66 alin. (3) şi art. 73 apreciem ca fiind valabile următoarele consideraţii:

Potrivit art. 66 alin. (3) practicianul admite în tabelul preliminar creanţele necontestate, instituindu-se prezumţia (simplă, care poate fi răsturnată prin proba contrară) că acestea sunt valabile şi corecte în

măsura în care nu au fost contestate. Din aceste dispoziţii rezultă două aspecte:

1) pot fi (aşa-zis) contestate creanţele şi în primă fază a procedurii de verificare;

2) dacă nu sunt contestate, creanţele declarate vor fi admise în tabelul preliminar.

Desigur că în raport cu art. 67 alin. (1) şi art. 73, dispoziţiile art. 66 alin. (3) poate genera interpretări contradictorii. Dar, trebuie precizat că o parte din dispoziţiile care reglementează procedura de verificare a creanţelor îşi au sorgintea în Codul comercial şi nu sunt întru totul corelate cu celelalte texte din Legea nr. 85/2006 şi cu schimbările de viziune ale legiuitorului din prezent. În Codul comercial verificarea în prima fază se făcea de către judecătorul sindic în adunarea creditorilor, în contradictoriu. Printr-un proces verbal judecătorul sindic putea admite creanţele necontestate, dar se putea şi contesta creanţele; contestaţiile erau soluţionate de judecătorul sindic, până la o valoare a creanţelor şi de către tribunal peste acea valoare; din momentul contestării începea faza a doua a procedurii de verificare; în acea reglementare nu intervenea instituţia tabelului preliminar.

În acest context considerăm că se impune lămurirea termenului „contestare" din prima fază a procedurii de verificare a creanţelor şi în ce sens se aplică dispoziţiile art. 66 alin. (3) privind admiterea creanţelor necontestate.

În această fază a procedurii de verificare, contestarea trebuie înţeleasă în sensul că priveşte creanţele astfel cum se regăsesc în declaraţiile de creanţe şi este conferită, potrivit art. 66 alin. (3) nu numai debitorului, creditorilor ci şi practicianului în insolvenţă iar sub aspectul conţinutului înseamnă orice dezacord cu ceea ce s-a solicitat prin declaraţia de creanţă. În concret, înseamnă că practicianul trebuie să ţină cont, să aibă în vedere ca elemente ale verificării unei creanţe şi de eventualele contestări susţinute de debitor, creditori şi inclusiv de propriile contestări privind creanţa respectivă, dar aceasta sub forma unei analize în fapt, iar nu ca o judecată propriu-zisă; chiar dacă e vorba de o contestare scrisă, din moment ce nici declaraţia de creanţe nu este în această fază o acţiune, nici contestarea nu are acest rol. Doar dacă debitorul, creditorii sau practicianul în insolvenţă nu contestă în nici un

fel o creanţă, adică nu au nici o critică de formulat, aceasta poate fi considerată necontestată şi, în consecinţă se va trece în tabelul preliminar aşa cum a fost pretinsă; de fapt, în considerarea caracterului obligatoriu al atribuţiei de verificare pentru practician, ea trebuie considerată chiar verificată de către acesta, care a acceptat-o astfel cum a fost pretinsă. Creditorii sau debitorul nu pot efectiv să formuleze, în această primă fază, o contestaţie în temeiul art. 73, pentru că aceasta trebuie să privească nu creanţa din declaraţia de creanţă ci creanţa astfel cum a fost menţionată în tabelul preliminar. Or, tabelul respectiv nu există în cursul primei faze, întocmindu-se ca act final al acesteia, menţionarea creanţelor în cuprinsul tabelului exprimând chiar punctul de vedere al practicianului. Aceasta ar însemna ca practicianul să conteste chiar menţiunea pe care a făcut-o el despre creanţă în tabelul preliminar, adică să-şi conteste propriile verificări, invocând propria greşeală, ceea ce nu este de admis; ar mai însemna că declaraţiile nu pot fi contestate de părţi, practician, decât în faţa instanţei, nu şi în cadrul verificării efectuate de către practician, deşi în mod expres sunt scutite legal de la verificare decât creanţele prevăzute de art. 66 alin. (1), (2) din lege.

Contestarea prevăzută de art. 66 alin. (3) a fost avută în vedere, deci, în mod distinct de aceea prevăzută de art. 73, şi chiar dacă ambele categorii de contestări se pot face pentru aceleaşi motive, administratorul judiciar/lichidatorul nu poate formula şi contestaţia în baza art. 73 pentru că ar însemna să-şi conteste propria opinie.

De asemenea, cu titlu de exemplu, necontestarea (necriticarea) în faţa practicianului, de către debitor a declaraţiei unui creditor privind o creanţă cu privire la care a intervenit prescripţia extinctivă, nu va valora recunoaşterea acelei creanţe. Declaraţia de creanţă nici nu este adresată debitorului în această fază a procedurii de verificare, ci practicianului şi dreptul de a contesta în instanţă revine debitorului în raport cu art. 73, indiferent dacă a criticat sau nu o creanţă în faţa practicianului.

*

Sub reglementarea din Codul comercial, admiterea creanţelor necontestate de către judecătorul sindic, printr-un proces-verbal de verificare, avea şi alte valenţe. Vom reda în continuare câteva aspecte privind problematica admiterii creanţelor necontestate în faţa judecătorului

sindic în reglementarea Codului comercial, nu pentru că am considera că ar avea aplicabilitate şi în prezent, în totalitate, ci pentru frumuseţea situaţiilor juridice de odinioară:

În legătură cu admiterea unei creanţe care nu a fost contestată se considera că ar fi vorba de un contract judiciar şi, în acelaşi timp, procesul verbal de verificare ar avea putere de lucru judecat.

Verificarea în faţa judecătorului sindic nu se considera de natură contencioasă decât în măsura contestării, caz în care începea faza contencioasă, altfel procedura rămânând graţioasă. Creanţa contestată nu putea fi admisă printr-un procesul verbal, deoarece contestarea provoacă un litigiu care poate fi înlăturat doar printr-o hotărâre judecătorească, judecata în contradictoriu împiedicând încheierea unui contract judiciar (pentru că creditorul trebuie să facă dovada creanţei aşa cum ar trebui să o facă în judecata de drept comun). Dacă creanţele nu sunt contestate, nimeni nu li se opune, ele sunt implicit acceptate de toţi cei interesaţi, acceptare care se constată de judecătorul sindic prin procesul verbal, care este o constatare de fapte, iar nu o hotărâre judecătorească, nefiind rezultatul unui act de jurisdicţie. Se mai considera că la reuniunea creditorilor cu judecătorul sindic şi cu falitul, dacă sunt acceptate creanţele se încheie între toţi un contract, care, din moment ce se perfectează în prezenţa judecătorului sindic este un contract judiciar. Prin urmare, în cazul creanţelor necontestate intervenea un contract judiciar, iar în cazul celor contestate un litigiu, terminat printr-o hotărâre judecătorească.

Contractul judiciar făcea ca acceptarea unei creanţe să fie irevocabilă, conferind creditorilor verificaţi drepturi dobândite irevocabil Dar, în condiţiile în care chiar şi irevocabilitatea hotărârilor judecătoreşti nu era absolută, acestea putând fi atacate de exemplu prin revizuire, se accepta atacarea unei creanţe admise ca urmare a necontestării dar numai în cazul dolului, fraudei, violenţei sau forţei majore, care ar fi împiedicat o verificare serioasă şi reală. Prin urmare irevocabilitatea procesului verbal de verificare intervenea nu atât din cauza autorităţii de lucru judecat ci din cauza contractului judiciar şi a expirării termenului de contestare a creanţelor. Oricum, procesul-verbal de verificare nu era considerat un nou titlu de creanţă, pentru că creditorii participă la distribuiri în baza vechilor titluri de creanţă.

Considerându-se că în cazul în care, posterior verificării creanţelor, se descoperă că una sau mai multe dintre declaraţii de creanţă admise fără contestare au fost făcute în mod fraudulos şi în dauna altor creditori, atunci oricare dintre aceşti creditori avea dreptul la opoziţie contra admiterii acelor creanţe, fără a se putea susţine că prin admiterea acestei opoziţii s-ar viola autoritatea de lucru judecat în ceea ce priveşte acceptarea prin necontestare, deoarece prin această opoziţie şi prin admiterea ei nu se face altceva decât că se atacă partea din contractul judiciar referitoare la admiterea creanţelor frauduloase, după principiul incontestabil că un contract încheiat prin dol este supus anulării la cererea părţii interesate.

În raport cu acestea se considera că din moment ce admiterea unei creanţe este rezultatul unui contract judiciar, prin admitere de fapt se constată un drept preexistent, fără a se putea aprecia că s-ar produce o novaţie. Admiterea presupunea recunoaşterea creanţei de către debitor şi prin urmare întrerupea prescripţia.

De asemenea, sub reglementarea Codului comercial erau exprimate şi rezerve faţă de contractul judiciar şi limitarea irevocabilităţii lui.

Astfel, se considera că prin admiterea creanţelor necontestate nu ia naştere un contract judiciar, ci prin inserarea cu acordul tuturor creditorilor a unei creanţe în procesul verbal acesta dobândeşte forţă executorie în procedură, în mod similar unei hotărâri judecătoreşti, cu autoritate de lucru judecat. Contestarea, chiar dacă ea declanşează litigiul, nu e decât refuzul de recunoaştere voluntară, cu trimiterea la judecată chiar a cererii de verificare a creanţei formulată de creditor. Aceasta este o acţiune în justiţie, „adormită" în faza necontencioasă, pe care contestaţia o deşteaptă, redeschizând procesul iniţiat în mod potenţial chiar prin cererea de verificare a creanţei. Prin urmare creditorul care a depus cererea de verificare a creanţelor este în continuare reclamant, dator să-şi dovedească cererea, în timp ce contestatorul trebuie doar să se apere. Efectele admiterii creanţei necontestate nu sunt acelea ale unui contract, ci se aseamănă mai mult cu efectele autorităţii de lucru judecat.

Verificarea creanţelor se făcea în adunarea creditorilor, în contradictoriu, interesul fiecărui creditor lovindu-se de interesul celorlalţi creditori sau al debitorului, fiecare urmărind ca masa pasivă să fie cât

mai redusă, pentru a veni la distribuţie împreună cu cât mai puţini dintre creditori, astfel fiind şanse să-şi crească propria cotă falimentară. Cererea de verificare nu se substituie pronunţării hotărârii într-un proces de drept comun.

Sub aspectul limitării irevocabilităţii se susţinea că nu se poate echivala pe deplin admiterea voluntară a unei creanţe cu un contract judiciar, care implică un litigiu. Admiterea implică numai recunoaşterea creanţei din partea falitului şi a masei credale, aprobată de o autoritate judecătorească, deci o convenţie între cei interesaţi, care ar trebui să fie anulabilă pentru aceleaşi cauze ca şi contractele în general, adică nu numai pentru dol, violenţă dar şi pentru eroare. Dacă creanţa este lipsită de nulitate iar creditorii, debitorul şi judecătorul sindic cunoşteau în momentul verificării cauza de nulitate, admiterea creanţei face să dispară această nulitate, deşi ea poate fi acoperită printr-o ratificare, dar nulitatea nu poate dispare când ea este absolută, de ordine publică.

Pe de altă parte, mai ales în practica judiciară se aprecia că procesul verbal nu trebuie privit ca o simplă operaţiune de înregistrare a creanţelor admise fără contestare, ci este parte dintr-o procedură cu caracter judiciar, căreia trebuie să i se recunoască în întregime autoritatea de lucru judecat, aceasta din urmă excluzând contestările ulterioare, inclusiv în ceea ce priveşte procesul verbal în discuţie. În doctrină se exprimau, însă, şi opinii opuse, în sensul că nu se poate reţine că un act este în acelaşi timp un contract judiciar şi totodată un act judecătoresc, cu autoritate de lucru judecat. Un astfel de act poate fi doar o hotărâre judecătorească, în timp ce contractul judiciar nu are o natură deosebită de a celorlalte contracte, convenţii care pot interveni în cursul unui proces (de exemplu achiesarea, tranzacţia etc.), care sunt irevocabile, precum hotărârile judecătoreşti.

*

În reglementarea Codului comercial, pentru verificarea creanţelor era prevăzută obligatoriu convocarea adunării creditorilor. La aceasta s-a renunţat în reglementarea actuală, probabil pentru celeritate, mai ales în cauzele cu mulţi creditori, fiind înlocuită cu posibilitatea practicianului de a solicita, pentru lămurire, informaţii şi documente suplimentare. Legea nu interzice, însă, practicianului să convoace şi o adunarea creditorilor pentru lămurirea sa în problema verificării creanţelor

(evident, în adunarea creditorilor nu se votează referitor la aspectul verificării creanţei şi, oricum, rezultatul verificării trebuie notificat creditorilor potrivit art. 72 alin. (4).

§6. Verificarea propriu-zisă

Potrivit art. 67 din Legea nr. 85/2006:

(1) Administratorul judiciar va proceda de îndată la verificarea fiecărei cereri şi a documentelor depuse şi va efectua o cercetare amănunţită pentru a stabili legitimitatea, valoarea exactă şi prioritatea fiecărei creanţe.

(2) În vederea îndeplinirii atribuţiei prevăzute la alin. (1), administratorul judiciar va putea solicita explicaţii de la debitor, va putea să poarte discuţii cu fiecare creditor, solicitându-i, dacă consideră necesar, informaţii şi documente suplimentare.

După cum am făcut vorbire, în procedura de verificare intervine mai întâi exercitarea unei atribuţii mai curând administrative din partea practicianului în insolvenţă, într-o primă perioadă care începe odată cu depunerea declaraţiei de creanţă la grefa tribunalului şi durează până la întocmirea tabelului preliminar.

Referitor la practicianul în insolvenţă, legea are în vedere administratorul judiciar în perioada de observaţie, respectiv lichidatorul în procedura de faliment din procedura generală sau în procedura simplificată; în lege se menţionează doar administratorul judiciar în articolele analizate aici pentru că prin ele se reglementează perioada de observaţie din procedura generală, în care se desemnează un administrator judiciar; în raport cu alte dispoziţii din cuprinsul legii, rezultă, însă, că în celelalte perioade, menţionate mai sus, aceleaşi atribuţii vor reveni lichidatorului; pentru aceeaşi concluzie sunt şi prevederile art. 3 pct. 16, a căror formulare este în sensul că după deschiderea procedurii simplificate, până la începerea efectivă a lichidării, intervine o perioadă de timp în care lichidatorul trebuie, printre altele, să verifice creanţele existente împotriva debitorului.

Exercitarea atribuţiei de verificare nu poate fi reţinută a se realiza în contradictoriu cu creditorii sau debitorul de către practician, ci pur şi simplu acesta îndeplineşte în plan administrativ (în administrarea procedurii) o operaţiune prevăzută ca act de procedură (interesele contrare subzistă între creditori şi între creditori şi debitor, dar nu şi între practician şi toţi aceştia decât dacă se formulează contestaţii la tabelul preliminar); o a doua fază distinctă începe odată cu contestarea creanţelor astfel cum au fost menţionate în tabelul preliminar, fiind sesizat tribunalul, caz în care intervine exercitarea unei atribuţii jurisdicţionale din partea judecătorului sindic. Practic, este vorba de o verificarea pe două niveluri posibile, de către practicianul în insolvenţă, respectiv, de către instanţă.

În cazul procedurii falimentului (reorganizarea judiciară intră mai puţin în discuţie, având un alt specific), această procedură poate fi apreciată ca o executare generală a bunurilor debitorului în interesul colectiv al creditorilor, în care alături de interesul individual intervine şi interesul de ordine publică, universalitatea juridică a bunurilor debitorului fiind supusă valorificării într-o procedură judiciară. Falimentul şi executarea silită prezintă aspecte similare dar şi unele distincţii, astfel:

- în cazul executării silite individuale, aceasta revine executorilor judecătoreşti în baza unui titlu executoriu, iar în cazul executării generale în faliment aceasta se iniţiază prin hotărârea de deschidere a procedurii judiciare.

- executarea individuală este iniţiată în baza unui titlu executoriu privind creanţa unui subiect determinat (uneori, la distribuire pot interveni şi alţi creditori, ajungându-se la un proces plurilateral); în cazul falimentului o procedură plurilaterală precede lichidarea bunurilor (exceptând cazul în care există un singur creditor) fiecare creditor trebuind să-şi probeze creanţele în vederea executării, sub aspectul titlului care îl îndreptăţeşte la participarea concursuală. Nici executarea individuală, nici aceea colectivă nu pot interveni în lipsa titlului.

Practicianul în insolvenţă trebuie să procedeze imediat după depunere, cu celeritate, la verificarea fiecărei declaraţii de creanţă, cu excepţia celor constatate prin titluri executorii şi a creanţele bugetare rezultând dintr-un titlu executoriu (specific domeniului) necontestat în termenul prevăzut de legile speciale.

Exercitarea atribuţiei de verificare constă în cercetarea amănunţită a cuprinsului cererii şi a documentelor ataşate, obiectivul acesteia fiind stabilirea realităţii creanţei, sub aspectul legitimităţii (probării legale a fondului dreptului de creanţă, adică al validităţii actului sau faptului juridic din care izvorăşte), al cuantumului (pornindu-se de la suma solicitată şi ajungându-se la suma acceptată de practician ca fiind valabilă) şi al priorităţii (referitor la calitatea de creanţă chirografară sau garantată, cu priorităţi, nescadentă sau sub condiţie).

În vederea realizării atribuţiei de verificare practicianul trebuie să manifeste rol activ, putând solicita de la debitor sau creditori explicaţii, inclusiv pe calea unor discuţii cu aceştia, informaţii sau documente suplimentare [art. 44, art. 67 alin. (2)], dacă cererea de admitere a creanţei şi actele ataşate acesteia nu îi permit să îşi formeze o opinie clară asupra legitimităţii, cuantumului sau ordinului de preferinţă al creanţei. Solicitarea de acte şi date suplimentare trebuie făcută înainte de întocmirea tabelului preliminar, în acest fel putându-se înlătura eventuale contestaţii ulterioare care sunt de natură să influenţeze negativ celeritatea procedurii. Astfel de demersuri reprezintă doar una dintre categoriile care constituie conţinutul verificării, aceea referitoare la adunarea datelor despre creanţele supuse verificării. În conţinutul verificării mai intră, însă, şi un alt demers, acela al analizei, al stabilirii motivelor pentru care se va accepta o creanţă sau un drept de preferinţă sau se vor înlătura acestea.

Cu privire la aspectele supuse verificării practicianul nu are atribuţii de natură jurisdicţională, care revin doar instanţei, dar cunoştinţele juridice, deşi nu sunt obligatorii, constituie o premisă a unei verificări profesioniste de către acesta.

§7. Verificarea creanţelor negarantate

Potrivit art. 68 din Legea nr. 85/2006:

(1) Creanţele negarantate şi părţile negarantate ale creanţelor garantate care nu sunt scadente la data înregistrării cererii de admitere vor fi înscrise în tabelul de creanţe cu întreaga lor valoare, însă, în cursul

falimentului, orice distribuire de sumă pentru astfel de creanţe se va face cu respectarea dispoziţiilor art. 125.

Creanţele negarantate sunt acelea pentru care debitorul nu a constituit creditorului o garanţie reală (gaj, ipotecă) asupra bunurilor sale mobile sau imobile; potrivit dreptului comun, pentru plata acestor creanţe creditorii chirografari au un drept de gaj general asupra bunurilor debitorului. Dacă astfel de creanţe nu sunt scadente la data deschiderii procedurii, ele vor fi înscrise în tabelul de creanţe cu întreaga valoare, dar vor participa la distribuiri în cursul procedurii numai potrivit dispoziţiilor art. 125 din lege, sub aspectul ordinului de prioritate.

*

Aprecieri asupra verificării creanţelor garantate prin opoziţie cu cele chirografare nescadente la care se referă art. 68.

După cum am mai menţionat anterior, în raport cu reglementarea Legii nr. 85/2006 nu se poate reţine că creditorii cu creanţe garantate nu trebuie să se supună verificării decât dacă intenţionează să concure şi ei, alături de creditorii chirografari, asupra bunurilor debitorului nesupuse garanţiei sau că altfel nu ar intra între creditorii concurenţi, ci şi-ar menţine o situaţie aparte. Desigur că şi sub imperiul Legii nr. 85/2006, în ceea ce priveşte plata creanţei garantate din bunurile debitorului care constituie obiectul garanţiei creditorii garantaţi nu sunt creditori concurenţi cu ceilalţi, dar se prevede expres că creditorii garantaţi participă pentru diferenţa rămasă negarantată din creanţă alături de creditorii chirografari, iar dacă din valoarea bunului adus în garanţie se întâmplă să mai rămână o diferenţă în plus după plata integrală a creditorului garantat, diferenţa serveşte plăţii celorlalţi creditori. De asemenea, valorificarea bunului adus în garanţie se poate realiza în procedură, de regulă totodată cu valorificarea tuturor celorlalte bunuri, în condiţiile în care ridicarea în baza art. 39 a suspendării aplicării dispoziţiilor art. 36 este reglementată destul de restrictiv, astfel că şi creanţele garantate trebuie supuse procedurii verificării.

§8. Data de referinţă pentru stabilirea valorii creanţelor

Potrivit art. 69 din Legea nr. 85/2006:

(1) Creanţele constând în obligaţii care nu au fost calculate în valoare monetară sau a căror valoare este supusă modificării vor fi calculate de către administratorul judiciar/lichidator şi înscrise în tabelul de creanţe cu valoarea nominală pe care o aveau la data deschiderii procedurii. Judecătorul sindic va decide asupra oricărei contestaţii împotriva calculului făcut de administrator pentru astfel de creanţe.

(2) Creanţele exprimate sau consolidate în valută vor fi înregistrate la valoarea lor în lei, la cursul Băncii Naţionale a României existent la data deschiderii procedurii.

În fapt, nu toate creanţele au exprimat obiectul într-o sumă de bani, ci şi sub forma altor prestaţii (cum ar fi obligaţia de a da sau a face referitor la bunuri fungibile - de exemplu, obligaţia de restituire a unor bunuri, care din diverse motive nu mai poate fi executată în natură) iar pentru a fi supuse scopului prevăzut de art. 2 din lege, în condiţiile procedurii şi acestea din urmă trebuie exprimate în bani; de asemenea, în alte cazuri creanţa poate implica modificarea valorii sale în timp, în funcţie de anumite criterii (de exemplu, în cazul indexării plăţilor, al creanţelor rezultând din unele titluri negociabile la bursă). Pentru ambele categorii de creanţe, dispoziţiile art. 69 alin. (1) prevăd că, în cadrul procedurii de verificare, practicianul va avea în vedere stabilirea valorii lor nominale în bani la data deschiderii procedurii, chiar dacă părţile sau unele norme legale stabilesc un alt termen de referinţă sub acest aspect, anterior sau ulterior, fiind aplicabile prioritar dispoziţiile art. 69 alin. (1) în baza caracterului lor special. Scopul acoperirii pasivului se realizează, în principiu, prin plata unei sume de bani, atât în cazul planului – prin programul de plată cât şi în cazul falimentului - prin distribuiri, iar nu prin satisfacerea creditorilor pe calea atribuirii de bunuri. Unele dispoziţii din lege, cum ar fi cele din cuprinsul art. 70 (în care poate fi vorba de o procedură a insolvenţei dar, în paralel şi de o executare de altă natură, de exemplu de drept comun, în care creanţa poate fi stinsă şi prin remiterea unui bun în natură), sau unele clauze

menţionate eventual în plan, în acest din urmă sens, nu fac decât să confirme regula.

Fiind vorba de creanţe considerate anterioare deschiderii procedurii, referinţa la data deschiderii procedurii are în vedere regula stabilită potrivit art. 41 (cu excepţiile privind creanţele cu garanţii), în sensul că în procedură creanţele anterioare sunt avute în vedere sub aspectul debitului principal şi al accesoriilor care au curs până la data deschiderii iar nu şi cele care ar fi putut să curgă ulterior.

În acest context trebuie reţinut că prin creanţa constând în obligaţii care nu au fost calculate în valoare monetară nu trebuie să se înţeleagă acea creanţă care, la data deschiderii procedurii, nu era cuantificabilă în bani – cum s-a mai susţinut în doctrină, ci aceea care nu era cuantificată efectiv în bani, dar era cuantificabilă astfel inclusiv la acea dată, altfel nu ar mai fi aplicabilă prevederea din art. 69 alin. (1) privind stabilirea valorii nominale la data deschiderii.

Ţinând cont şi de prevederile art. 69 alin. (2), rezultă că legiuitorul a avut în vedere stabilirea şi înregistrarea în tabelul preliminar de creanţe, nu numai în cazul celor două categorii de creanţe de mai sus ci în cazul tuturor creanţelor, a valorii acestora nu doar în general într-o sumă de bani, ci în moneda naţională (în lei), neputându-se urmări realizarea scopului prevăzut de art. 2 din lege decât în monedă naţională iar nu şi în altă valută.

Stabilirea valorii în lei la data deschiderii procedurii insolvenţei, de către practicianul în insolvenţă, se realizează în cadrul procedurii de verificare, astfel cum este reglementată derularea acesteia. Legiuitorul a prevăzut expres că împotriva calculului făcut de practician pentru cele două categorii de creanţe se poate formula contestaţie, a cărei soluţionare revine judecătorului sindic, dar nu trebuie înţeles că ar fi vorba de un alt fel de contestaţie decât aceea prevăzută de art. 73 din lege, la care se adaugă, desigur, posibilitatea contestării în sensul prevăzut de art. 66 alin. (3), astfel cum s-a arătat la secţiunea respectivă.

*

Pentru cazul distinct în care la data deschiderii procedurii creanţa era exprimată sau consolidată într-o altă valută decât aceea naţională (de exemplu, în cazul A.V.A.S. aceasta a trebuit, în baza unor dispoziţii legale, să îşi consolideze obligatoriu creanţele în USD în vederea

valorificării lor), practicianul va avea în vedere stabilirea valorii acesteia în lei, la cursul valutei respective astfel cum a fost stabilit de B.N.R. la data la care s-a deschis procedura. Trebuie precizat că în raport cu alte monede naţionale şi leul constituie o valută. Şi în privinţa calculării valorii respective se poate formula contestaţie în condiţiile art. 66 alin. (3), respectiv, art. 73.

Potrivit Deciziei XII pronunţată în dosarul nr. 27/2005 de I.C.C.J. (Secţiile reunite) s-a admis recursul în interesul legii, apreciindu-se că în cadrul procedurii insolvenţei nu pot fi aplicate dispoziţiile din alt act normativ, O.U.G. nr. 51/1998, care reglementează procedura specială privind recuperarea individuală a creanţelor preluate şi consolidate în valută de către A.V.A.S., ci sunt aplicabile prevederile din legea insolvenţei, în sensul înregistrării în tabelul de creanţe a creanţelor exprimate în valută la valoarea lor în lei la cursul BNR existent la data deschiderii procedurii.

Dispoziţia legală privind calcularea în lei la cursul valutar de la data deschiderii procedurii are caracter special şi, în general, constituie un element de verificare a creanţelor, verificare care potrivit art. 67 alin. (1) priveşte nu numai legitimitatea şi prioritatea creanţei, dar şi valoarea acesteia, inclusiv modalitatea de exprimare a acesteia. Prin urmare, dispoziţia respectivă nu contravine şi are prioritate şi în raport cu dispoziţiile art. 66 alin. (2), care reprezintă dreptul comun în materia procedurii de verificare a creanţelor, aplicându-se oricăror creanţe (inclusiv bugetare, preluate de A.V.A.S. etc.).

Dispoziţiile art. 69 vin să accentueze în completare că, în principiu, data de referinţă pentru stabilirea valorii creanţelor anterioare deschiderii procedurii este data acestei deschideri (cu unele excepţii exprese, cum ar fi creanţele garantate, în cazul cărora cuantumul final al creanţei recuperate nu poate fi stabilit de la începutul procedurii); prin alte dispoziţii Legea nr. 85/2006 stabileşte într-un context diferit că pentru creanţele anterioare deja cuantificate în lei valoarea lor se stabileşte la nivelul aceleia existente la data deschiderii.

Valoarea în lei a creanţei la data deschiderii va rămâne stabilită în tabelul definitiv şi nu se va mai modifica, indiferent dacă va mai creşte sau scade cursul valutei în care fusese exprimată creanţa iniţial.

§9. Verificarea unei creanţe în proceduri paralele (solidaritatea pasivă)

Potrivit art. 70 din Legea nr. 85/2006:

O creanţă a unui creditor cu mai mulţi debitori solidari va fi înscrisă în toate tabelele de creanţe ale debitorilor cu valoarea nominală, până va fi complet acoperită. Nici o reducere a sumei creanţei prevăzută în tabelul de creanţe nu va fi făcută în vreunul dintre tabelele de creanţe ale debitorilor, până ce creditorul nu a fost deplin satisfăcut, în numerar sau în bunuri. Dacă totalul sumelor distribuite creditorului, în toate acţiunile cu debitorii, va depăşi totalul sumei care îi este datorată, acesta (creditorul) va trebui să restituie sumele primite în plus, care vor fi reînscrise ca fonduri în averea debitorului, proporţional cu sumele pe care fiecare dintre debitori le-a plătit peste ceea ce era datorat.

Solidaritatea pasivă, despre care este vorba în dispoziţiile art. 70, priveşte obligaţia cu mai mulţi debitori, creditorul putând cere de la fiecare dintre aceştia executarea obligaţiei respective, şansele în sensul executării crescând în raport cu fiecare din patrimoniile la care se raportează; desigur că creditorul va urmări să obţină plata de la debitorul solidar cel mai solvabil şi, după îndestularea creditorului, acest debitor va suporta riscul insolvabilităţii celorlalţi. În dreptul comercial, spre deosebire de dreptul civil, solidaritatea constituie regula, fiind prezumată fără o clauză expresă.

Debitorii solidari (cu debitorul principal) sunt, în principal, garanţii fidejusori, giranţii şi avaliştii cecurilor, cambiilor sau biletelor la ordin.

Reglementarea prevăzută de art. 70 are în vedere situaţia în care realizarea creanţei unui creditor constituie în acelaşi timp obiectul a două sau mai multe proceduri care se derulează în paralel, fiecare privind câte unul singur dintre debitorii solidari ai creditorului, iar nu situaţia distinctă în care sunt pe rol mai multe proceduri de insolvenţă împotriva aceluiaşi debitor, în cazul acesteia trebuind să intervină conexarea. Deoarece textul de lege are în vedere expres „acţiunile cu debitorii" (potrivit textului de lege în discuţie), iar nu doar procedurile de insolvenţă, considerăm că este vorba de derularea în paralel fie a două sau mai multe proceduri de insolvenţă (de exemplu, atât împotriva

debitorului principal cât şi a fidejusorului se deschide procedura insolvenţei), fie de cel puţin o procedură de insolvenţă (altfel textul nu ar mai privi materia insolvenţei) în timp ce celelalte proceduri sunt, cel puţin una, de altă natură, cum ar fi executarea silită de drept comun etc. (de exemplu creditorul, pentru realizarea aceleiaşi creanţe, obţine deschiderea procedurii insolvenţei împotriva debitorului principal şi trece potrivit dreptului comun, în paralel şi la executarea silită împotriva fidejusorului, care a garantat plata creanţei de către debitorul principal). Posibilitatea urmăririi creanţei pe mai multe căi se datorează faptului că debitorii solidari nu pot invoca beneficiul de discuţiune sau de diviziune. Posibilitatea urmăririi creanţelor pe mai multe căi intervine în condiţiile în care debitorii solidari nu pot invoca beneficiul de discuţiune şi de diviziune, care îşi găseşte aplicare între cofidejusori, şi nu între codebitori.

Reluând ideea, în raport cu faptul că art. 70 se referă la înscrierea creanţei în „toate tabelele de creanţe ale debitorilor", s-ar putea susţine că dispoziţiile acestuia reglementează doar situaţia în care procedurile care se derulează în paralel sunt exclusiv proceduri de insolvenţă. Dar, tabel al creditorilor se poate face şi în executarea silită de drept comun, iar art. 70 nu distinge doar în sensul procedurilor de insolvenţă; mai mult, are în vedere expres mai multe „acţiuni" iar nu proceduri împotriva debitorilor. Prin urmare, art. 70 reglementează inclusiv situaţia în care între procedurile paralele este şi una de natură diferită de procedura insolvenţei, cu menţiunea că dispoziţiile în discuţie ţin de reglementarea procedurii insolvenţei iar nu a altei materii de drept.

În doctrină s-a susţinut că ar fi vorba şi de situaţia în care procedura insolvenţei unuia dintre debitori solidari este deschisă şi în cadrul acesteia creditorul a obţinut recuperarea unei părţi a creanţei sale, iar ulterior se deschide procedura şi împotriva unui al doilea debitor solidar, astfel că şi în aceasta din urmă creditorul îşi va declara întreaga creanţă fără a scade ceea ce i s-a plătit în cealaltă. Or, considerăm că o astfel de susţinere contravine expres prevederilor art. 71 alin. (1) şi nu pentru o astfel de situaţie s-a avut în vedere aplicarea art. 70, ci pentru situaţia în care s-a deschis o procedură împotriva unuia dintre debitori şi, cât timp nu i s-a plătit deloc în procedura respectivă creanţa unui creditor (dacă i s-a plătit integral nu se mai pune problema unei alte

cereri de recuperare din moment ce creanţa s-a stins), acesta deschide o procedură de recuperare a aceleiaşi creanţe împotriva altuia dintre debitorii solidari şi potrivit art. 70 are dreptul ca şi în această procedură să declare şi să i se admită întreaga creanţă în tabelul de creanţe (adică se urmăreşte recuperarea aceleiaşi creanţe dar pe căi paralele). În continuare, dacă pe măsură ce i se plăteşte parţial sau total creanţa în una dintre proceduri, potrivit textului de lege nu se va rectifica în nici una dintre proceduri, în nici unul dintre tabele cuantumul creanţei ce rămâne de plătit, până ce creditorul nu este plătit pe deplin.

*

Dispoziţiile art. 70 urmăresc să asigure recuperarea integrală a creanţei. Totodată, în fiecare dintre procedurile derulate în paralel, realizarea creanţei se derulează fără a se putea invoca nici o restricţie în baza celorlalte proceduri. (De exemplu fidejusorul, debitor într-o procedură ar putea susţine că creditorul trebuie să încerce să-şi realizeze creanţa mai întâi în procedura privind debitorul principal şi numai în măsura în care nu se acoperă integral creanţa ar putea să continue realizarea acesteia împotriva lui, doar pentru diferenţa rămasă.) Aparent, fiecare dintre proceduri ar putea continua în ceea ce priveşte creanţa în discuţie până la plata integrală a acesteia, dacă există această posibilitate în fapt; aceasta cu atât mai mult cu cât menţionarea unei creanţe în tabelul definitiv semnifică recunoaşterea valabilităţii acesteia în mod definitiv, în fiecare dintre proceduri şi deci imposibilitatea schimbării tabelului. Dar, aceasta ar însemna plata de două (sau mai multe) ori a aceleiaşi creanţe, sau plata în una dintre proceduri a unei creanţe stinse, parţial sau total prin plata efectuată în alta dintre proceduri, adică o plată nedatorată, a cărei acceptare ar constitui chiar un abuz din partea creditorului. În acest context se impune o lămurire, lucrurile trebuind privite în dinamica procedurii, care implică mai multe operaţii succesive. Una este problema că tabelul definitiv din fiecare procedură paralelă nu se mai poate modifica chiar dacă într-una dintre proceduri se achită în parte creanţa, pentru că prin nemodificare (cu excepţia art. 75, desigur) se subliniază faptul că întreaga creanţă rămâne stabilită valabil în fiecare procedură, acesta fiind şi rolul tabelului definitiv şi alta e problema cât se acceptă în continuare, în procedurile paralele privite în ansamblu să se plătească în fapt cu privire la creanţa respectivă. Nici dacă ar fi

fost vorba de o singură procedură, plăţile parţiale succesive nu au menirea ca în fapt, după fiecare dintre aceste plăţi, să se poată rectifica valoarea creanţei din tabelul definitiv, în sensul menţionării de fiecare dată doar a cât a mai rămas neplătit din creanţă. Dimpotrivă, tabelul definitiv rămâne câştigat procedurii (nu intră aici în discuţie situaţia în care intervine tabelul suplimentar sau consolidat), cuantumul creanţei stabilit iniţial ca fiind valabil în acest tabel nu se mai schimbă, iar calculele privind cât s-a plătit şi cât a mai rămas de plătit din creanţă în raport cu distribuirile succesive ulterioare se fac în procedură de către practician, fiind o problemă care ţine de cuprinsul planului de distribuţie; practic, în una dintre proceduri, ca urmare a plăţii creanţei în alta, practicianul în insolvenţă va menţiona în planul de distribuire, în baza dovezilor deţinute, că nu are în vedere distribuiri pentru ceea ce este plătit deja, aspect care se poate contesta şi soluţiona de către judecătorul sindic.

Legiuitorul nu a avut deci în vedere prin dispoziţiile art. 70 posibilitatea de modificare a tabelului definitiv, în raport cu plata parţială a unei creanţe efectuată în altă procedură. Astfel, dispoziţiile art. 70 se referă expres la „reducerea sumei creanţei prevăzute în tabelul de creanţe", dar au în vedere această reducere în sensul de a nu o permite; de asemenea, dispoziţiile art. 71 alin. (1) prevăd că dacă creditorul a primit o plată parţială a creanţei sale de la un alt debitor înainte de a înregistra o declaraţie de creanţă în (altă) procedură, urmare a acestei declaraţii nu va putea avea menţionată în tabelul de creanţe decât partea de creanţă pe care nu a încasat-o încă, ceea ce este firesc pentru că nu trebuie declarate decât creanţele existente, or ceea ce i s-a plătit deja nu mai constituie creanţă, aceasta fiind stinsă prin plată. Dacă s-ar accepta reducerile succesive ale cuantumului creanţei în tabele, ar însemna ca acestea să prevadă drept valabilă definitiv aceiaşi creanţă, în cuantumuri diferite, ceea ce nu ar reprezenta nicidecum o aplicare unitară a legii în raport cu acelaşi aspect (cu aceeaşi creanţă). De altfel, legiuitorul nici nu a prevăzut în cuprinsul art. 70 o anume cerere în scopul efectuării rectificării. Sub acest din urmă aspect, aparent s-ar putea considera că este prevăzută deja posibilitatea contestării tabelului definitiv, potrivit art. 75 inclusiv pentru motivul „descoperirii unor titluri hotărâtoare şi până atunci necunoscute", apreciindu-se că acest motiv

ar putea fi aplicat şi în cazul prezentării dovezii (privind titlul - despre care legea nu spune că trebuie să fie unul executoriu) în sensul că a intervenit în altă procedură plata integrală sau parţială a creanţei, şi aceasta în ideea că legiuitorul nu a făcut nici o distincţie în formularea motivului şi doar aparent prin textul de lege s-ar fi avut în vedere doar titluri anterioare sau contemporane întocmirii tabelului definitiv, iar nu şi viitoare. Dar, prevederea unei astfel de posibilităţi nu constituie decât o aparenţă.

În acelaşi context este de precizat că textul de lege nu se referă doar la tabelul definitiv ci, fără distincţie, la toate tabelele de creanţe dintr-o procedură, dar relevanţă în legătură cu plăţile privind o creanţă o are doar tabelul definitiv (consolidat), nu şi cel preliminar (suplimentar).

Faptul că legiuitorul nu a avut în vedere să lase să continue toate procedurile simultane în privinţa acoperirii uneia şi aceleiaşi creanţe în fiecare dintre ele rezultă şi din formularea „Dacă..." din ultima frază a art. 70 (în sensul că dacă, totuşi, se ajunge la situaţia vizată), aceasta implicând faptul că se poate interveni pentru a se preveni ajungerea la o astfel de situaţie, chiar dacă legea nu prevede şi expres demersurile de prevenire. Prevenirea trebuie avută în vedere în primul rând de către practicianul desemnat în fiecare dintre procedurile de insolvenţă (şi organul echivalent în cazul în care una din proceduri nu este de insolvenţă ci de altă natură), care trebuie să se informeze cu privire la eventuala plată a creanţei în cealaltă procedură. Se pune deci problema colaborării dintre practicieni sub aspectul urmăririi gradului de îndestulare al creditorului pentru evitarea oricăror plăţi care ar depăşi cuantumul total al creanţei datorate; la fel se pune problema între debitorii din fiecare procedură simultană, precum şi referitor la alte persoane, de exemplu creditorul însăşi. Efectuarea de demersuri în sensul arătat, de către practicienii în procedurile derulate în paralel este cu atât mai necesară cu cât recuperarea sumelor achitate cu titlu de plată nedatorată pe calea acţiunii în justiţie poate dura foarte mult, timp în care debitorul îşi poate înceta chiar şi existenţa.

Este de menţionat că dacă procedurile paralele sunt toate de insolvenţă este de aşteptat ca suma creanţei să fie aceiaşi în fiecare dintre procedurile respective; dacă, însă, este vorba de proceduri paralele în care cel puţin una dintre acestea este de altă natură decât aceea

de insolvenţă este posibil ca suma înscrisă drept creanţă să fie diferită de la o procedură la alta, diferenţa fiind generată de accesoriile creanţei, care doar în procedura insolvenţei nu curg, de regulă, după deschiderea procedurii, dar pot curge în cealaltă executare, de altă natură juridică. Aceasta nu înseamnă că nu ar fi vorba despre una şi aceiaşi creanţă şi nu ar mai fi aplicabil art. 70.

*

Prin distribuirile făcute în procedurile paralele creditorul nu ar trebui să obţină şi, oricum, să păstreze mai mult decât cuantumul total al creanţei sale. Dispoziţiile art. 70 teza finală prevăd expres că în cazul în care, totuşi, suma (însumarea acesteia) distribuită creditorului în toate acţiunile cu debitorii depăşeşte totalul sumei care îi este datorată, creditorul va trebui să restituie sumele primite în plus. Textul de lege nu prevede şi calea de urmat pentru restituire, dar considerăm că este vorba de o acţiune în justiţie pentru restituirea plăţii nedatorate, pe care trebuie să o promoveze debitorul sau debitorii din averea cărora, în procedura cărora s-a plătit mai mult creditorului, pentru aceştia fiind justificat interesul; cum restituirea de către creditor a plăţii nedatorate devine practic o creanţă proprie a debitorului, de recuperat la averea acestuia, acţiunea în justiţie trebuie promovată prin practicianul desemnat în cauză, atribuţia în acest sens revenindu-i acestuia în conformitate cu prevederile art. 20 alin. (1) lit. l) din lege, acţiunea fiind – evident – scutită de obligaţia de timbrare, în raport cu art. 77.

Suma restituită în urma acţiunii se va reîntoarce în averea debitorului. Dacă mai mulţi debitori solidari au plătit fiecare sume diferite peste ceea ce se datora creditorului, fiecăruia i se va restitui suma plătită sau, dacă nu există efectiv această posibilitate şi se restituie efectiv mai puţin pentru că între timp creditorul nu mai dispunea de avere suficientă, fiecare debitor va primi o sumă mai mică, proporţională cu suma pe care a plătit-o creditorului peste ceea ce nu datora.

9.1. Situaţia codebitorului sau fidejusorului

Potrivit art. 71 din Legea nr. 85/2006:

(1) Un creditor care, înainte de înregistrarea unei cereri de admitere, a primit o plată parţială pentru creanţa sa de la un codebitor sau de la

un fidejusor al debitorului poate avea o creanţă înscrisă în tabelul de creanţe numai pentru partea pe care nu a încasat-o încă.

(2) Un codebitor sau un fidejusor, care este îndreptăţit la restituire ori la despăgubire din partea debitorului pentru suma plătită, va fi trecut în tabelul de creanţe cu suma pe care a plătit-o creditorului. În acest caz creditorul comun are dreptul de a cere să i se plătească, până la achitarea integrală a creanţei sale, cota cuvenită debitorului sau fidejusorului, rămânând creditor al acestuia doar pentru suma neachitată.

(3) Codebitorul sau fidejusorul debitorului, care pentru asigurarea regresului său are asupra bunurilor acestuia un drept de garanţie, concură la masa credală, pentru a face posibilă realizarea garanţiei sale, dar preţul obţinut din vânzarea bunurilor grevate va fi atribuit creditorului, scăzându-se din suma ce este datorată.

Dispoziţiile art. 71 urmăresc detalierea dispoziţiilor art. 70, reglementând tot ipoteza debitorilor solidari.

În cazul în care creditorul primeşte o plată parţială pentru creanţa pe care o deţine împotriva debitorului, de la un codebitor sau fidejusor (în procedura insolvenţei sau de executare silită de drept comun etc. derulate împotriva acestora), în procedura insolvenţei deschisă ulterior împotriva debitorului, creditorul va putea formula declaraţie de creanţă doar pentru partea din creanţă rămasă neachitată şi, în orice caz, va putea avea menţionată în tabelul de creanţe doar partea din creanţă rămasă încă neachitată.

Pentru sumele plătite în contul creanţei împotriva debitorului principal, de codebitor sau fidejusor, aceştia, în raport cu clauzele din convenţia părţilor, pot fi îndreptăţiţi la restituire sau despăgubire din partea debitorului. Cererea în regres o pot face în procedura insolvenţei prin care este vizat debitorul, sau pe calea dreptului comun în cazul în care împotriva debitorului nu s-a iniţiat această procedură. În cazul procedurii insolvenţei ei vor face declaraţie de creanţă pentru suma pe care au plătit-o creditorului, devenind deci, în respectiva procedură, creditori ai debitorului. În ceea ce priveşte, însă, ordinea de preferinţă în care vor participa la distribuire, este de reţinut că dacă li se cuvine o cotă (dat fiind că şi ei devin creditori concurenţi, la fel ca şi ceilalţi creditori), creditorul pentru care au făcut plăţi parţiale, are dreptul să

ceară să i se plătească lui acea cotă, care va reduce ceea ce mai are de primit din creanţă şi aceasta până când creditorului îi va fi plătită integral creanţa şi numai după ce intervine plata integrală a creanţei lui vor putea veni la plată şi codebitorul sau fidejusorul pentru creanţa cu care s-au înscris în procedura respectivă. Prin urmare, nu se poate reţine întocmai că în urma plăţii făcute creditorului, codebitorul sau fidejusorul s-ar subroga în drepturile creditorului. Regula instituită prin art. 71 provine din faptul că şi în dreptul comun, creditorul poate cere plata direct de la fidejusor dacă debitorul nu plăteşte, fără să fie necesar să-l urmărească mai întâi pe acesta din urmă.

Aceeaşi soluţie intervine chiar şi în cazul în care codebitorul sau fidejusorul care au făcut plăţi pentru creditorul comun şi-au constituit o garanţie asupra bunurilor debitorului pentru asigurarea posibilităţii reale de regres împotriva acestuia. Astfel, din valoarea bunurilor care constituie obiectul garanţiei se va îndestula cu prioritate tot creditorul, creanţa acestuia diminuându-se cu ceea ce primeşte astfel (dreptul de garanţie ca şi dreptul la regres al codebitorului/fidejusorului apărând ca un drept de rang inferior faţă de dreptul la plata creanţei pe care îl are creditorul comun, care rămâne prioritar la plată indiferent de schimbările intervenite în raportul dintre debitorii solidari).

În cazul în care suma în contul creanţei creditorului a fost plătită parţial (sau total) în procedura insolvenţei derulată împotriva respectivului debitor, acesta, prin practicianul în insolvenţă desemnat în acea cauză, va putea să se înscrie pentru suma plătită, în măsura în care aceasta depăşeşte limita obligaţiei sale, în tabelul de creanţe din procedura deschisă împotriva codebitorului sau fidejusorului, sau dacă nu s-a deschis o astfel de procedură, va putea formula acţiune în regres împotriva acestora potrivit dreptului comun.

§10. Tabelul preliminar

Potrivit art. 72 din Legea nr. 85/2006:

(1) Ca rezultat al verificărilor făcute, administratorul judiciar/lichidatorul va întocmi şi va înregistra la tribunal un tabel preliminar cuprinzând toate creanţele împotriva averii debitorului, precizând că

sunt: chirografare, garantate, cu priorităţi, sub condiţie sau nescadente şi arătând pentru fiecare numele/denumirea creditorului, suma solicitată de creditor şi suma acceptată de administratorul judiciar.

(2) La creanţele garantate se vor arăta titlul din care izvorăşte garanţia, rangul acesteia şi motivele pentru care creanţele au fost trecute parţial în tabel sau au fost înlăturate.

(3) Tabelul preliminar de creanţe va fi, totodată, afişat de grefă la uşa instanţei, întocmindu-se în acest sens un proces verbal de afişare, şi va fi comunicat debitorului. După afişare, creditorii înscrişi în tabelul preliminar de creanţe pot participa la adunările creditorilor.

(4) Odată cu afişarea tabelului, administratorul judiciar/lichidatorul va trimite de îndată notificări creditorilor, ale căror creanţe sau drepturi de preferinţă au fost trecute parţial în tabelul preliminar de creanţe sau înlăturate, precizând totodată şi motivele.

În conformitate cu art. 3 pct. 16 din Legea nr. 85/2006, tabelul preliminar de creanţe cuprinde toate creanţele născute înainte de data deschiderii procedurii, indiferent că sunt actuale, scadente, sub condiţie sau în litigiu, dacă au fost acceptate de către administratorul judiciar în urma verificării. În cazul deschiderii de la început a procedurii simplificate, în acest tabel se vor înregistra şi creanţele născute după deschiderea procedurii şi până la momentul intrării în faliment.

În raport cu verificarea efectuată, ca rezultat al acesteia, practicianul se „pronunţă" asupra creanţelor întocmind un tabel al creditorilor. Deoarece nu este decât rezultatul primei faze a procedurii de verificare a creanţelor, acest tabel a fost considerat de legiuitor ca fiind preliminar, cel definitiv urmând să rezulte în raport cu finalizarea celei de a doua faze.

În cuprinsul tabelului preliminar se va menţiona fiecare creditor, suma cerută de creditor şi suma acceptată de practician cu titlu de creanţă, caracterul creanţei (chirografar, garantat, cu priorităţi, sub condiţie sau nescadentă; dacă, de exemplu, o creanţă este doar în parte garantată, se vor menţiona distinct sumele constituind creanţă garantată, respectiv, creanţă chirografară), precum şi rangul de preferinţă – potrivit art. 121, 123 din lege. Nu trebuie indicat titlul din care izvorăşte creanţa decât în cazul creanţelor garantate, ca şi motivarea pentru care s-a trecut în tabel sau nu s-a trecut.

*

Reglementarea expresă a conţinutului tabelului preliminar este confuză în Legea nr. 85/2006, ceea ce este de natură să creeze probleme importante pentru înţelegerea şi derularea corectă a procedurii de verificare a creanţelor. Astfel, potrivit art. 72 alin. (1), tabelul preliminar trebuie să cuprindă menţionarea doar a creanţelor „împotriva averii debitorului" adică, în concret, a creanţelor, părţilor din creanţă sau a drepturilor de preferinţă acceptate (iar pentru creanţele garantate, ca excepţie, şi menţiunile potrivit art. 72 alin. (2), inclusiv, în plus, motivele pentru înlăturarea totală sau parţială), considerate deci ca fiind valabil existente împotriva averii debitorului, dintre toate cele supuse verificării. În cuprinsul art. 72 alin. (1) precum şi în restul legii (cu excepţia art. 72 alin. (2) nu se prevede că în tabelul preliminar s-ar indica şi creanţele, părţile din creanţă sau drepturile de preferinţă înlăturate total sau parţial sau motivele în acest sens. Dispoziţiile art. 72 alin. (4) cuprind o referire şi la creanţele sau drepturile de preferinţă care au fost înlăturate, total sau parţial, dar aceasta în contextul reglementării prin acele dispoziţii a unei notificări iar nu a conţinutului tabelului preliminar şi, de altfel, chiar şi aşa, nu rezultă expres prin menţiuni din conţinutul tabelului preliminar că ar fi vorba de creanţe sau drepturi de preferinţă înlăturate. Desigur că indicarea în tabelul preliminar ca şi în celelalte tabele ulterioare la baza cărora stă acesta, doar a ceea ce se menţionează la art. 72 alin. (1) şi alin. (2) ar fi şi firesc pentru că un tabel trebuie să fie doar un tabel, adică o listă pozitivă, clară a sumei şi ordinii de preferinţă în ceea ce priveşte fiecare creanţă valabilă la distribuirile ce vor urma, iar nu un adevărat eseu. Dar, în acest caz ar apare probleme în privinţa corelării cu art. 73, care are în vedere expres formularea de contestaţii doar cu privire la creanţele şi drepturile de preferinţă trecute de practician în tabelul preliminar. Aceasta ar însemna că nu ar mai putea fi formulate contestaţii cu privire la creanţele sau drepturile de preferinţă înlăturate, din moment ce acestea nu au fost trecute în tabel, deşi dreptul la contestare trebuie respectat şi împotriva acestora?

Sub acest aspect sunt necesare unele dezvoltări şi precizări.

Astfel, în reglementarea falimentului din Codul comercial, judecătorul sindic efectua verificarea creanţelor în adunarea creditorilor, nu se

prevedea tabelul preliminar ci încheierea unui proces verbal de verificare, din momentul contestării se trecea la faza a doua a procedurii de verificare, contestaţiile depuse erau soluţionate, în funcţie de valoare, de judecătorul sindic sau de tribunal. La apariţia Legii nr. 64/1995, cu certitudine legiuitorul a avut în vedere preluarea unora dintre dispoziţiile privind procedura de verificare a creanţelor din Codul comercial, urmărind, însă, simplificarea reglementării acestei proceduri, cu atât mai mult cu cât şi alte elemente intrinseci noii proceduri nu se mai potriveau cu acelea din vechea reglementarea. Astfel, în ceea ce priveşte conţinutul tabelului preliminar, în Legea nr. 85/2006 - care a preluat Legea nr. 64/1995, s-a ajuns la formulările în discuţie aici.

În plus, procedura actuală de verificare a creanţelor implică pe lângă aspecte comune cu dispoziţiile din restul procedurii şi prevederi distincte de acestea din urmă, în plus şi specifice. Dacă nu ar fi aceste prevederi distincte, atât creanţele şi drepturile de preferinţă acceptate cât şi cele înlăturate de practician, precum şi motivele sub aceste aspecte ar constitui obiectul doar al rapoartelor de activitate (lunare) ale practicianului. În contextul reglementării întregii proceduri, nu numai a procedurii de verificare, creanţele şi drepturile de preferinţă, atât cele acceptate cât şi cele înlăturate chiar trebuie să constituie, pe larg, obiectul raportului de activitate (unul sau mai multe dacă e o cauză complexă), arătându-se în aceste rapoarte ce creanţe, drepturi de preferinţă se acceptă sau înlătura şi de ce, pentru ce motive. Un astfel de raport nu ar constitui, însă, în raport cu art. 72 alin. (1) decât „bucătăria" actului de verificare, similar considerentelor dintr-o hotărâre judecătorească, în ceea ce priveşte creanţele sau drepturile de preferinţă care vor fi acceptate [art. 72 alin. (1)], actul de procedură constatator final ca rezultat al acestei acceptări fiind tabelul preliminar (cu precizările pe conţinut arătate mai sus). În acelaşi timp, însă, în ceea ce priveşte creanţele sau drepturile de preferinţă pe care practicianul le înlătură, raportul de activitate respectiv rămâne singurul act conţinând motivele avute în vedere pentru înlăturare. Dispoziţiile comune din reglementarea procedurii insolvenţei (art. 21), prevăd posibilitatea contestării măsurilor din rapoartele de activitate – iar acceptarea respectiv înlăturarea ar fi, în sine, de natura unei măsuri. Motivele pentru care s-au acceptat sau au fost înlăturate parţial sau total creanţele nu

constituie o măsură a practicianului (ci doar o analiză din partea acestuia) şi deci nu sunt supuse doar ele în sine, contestării în baza art. 21, ca menţiunile care includ acceptarea sau neacceptarea în sine). Privitor, însă, la acest aspect, prin dispoziţiile specifice din reglementarea procedurii de verificare este clar că legiuitorul a urmărit să îndepărteze posibilitatea contestării în raport cu art. 21. Astfel, în raport cu art. 72 alin. (1), referitor la faptul că rezultatul final al verificării este tabelul preliminar şi în raport cu art. 73, rezultă că creanţele şi drepturile de preferinţă acceptate de practician se pot contesta doar astfel cum au fost menţionate în tabelul preliminar (adică pe cale de excepţie se înlătură posibilitatea contestării din art. 21). Dacă s-ar fi lăsat posibilitatea contestării în baza art. 21, ar fi existat un rând de contestaţii iniţiale, anterioare şi în plus faţă de cele din art. 73, inclusiv cu dreptul de recurs aferent, urmărind prin rezultatul lor modificarea tabelului preliminar, după care s-ar fi dat curs şi contestaţiilor în baza art. 73. Or, faţă de o astfel de abordare, celeritatea ar fi scăzut iar complexitatea formală a procedurii ar fi crescut inutil. Rămâne, însă, problema referitoare la faptul că din lege nu rezultă expres dacă în conţinutul tabelului preliminar intră şi creanţele şi drepturile de preferinţă înlăturate de practician, de la care a pornit analiza. Considerăm că legiuitorul a vizat, prin prevederile din Legea nr. 64/1995 şi nr. 85/2006, să se realizeze doar o verificare administrativă de către practician şi o contestare judiciară (art. 73) pentru a se ajunge la definitivarea masei credale, adică la întocmirea tabelului definitiv. În acest sens este şi formularea art. 3 pct. 18 din lege şi trebuie interpretat şi art. 72 alin. (4), apreciindu-se că din formularea lui rezultă că în tabelul preliminar trebuie să se menţioneze şi creanţele sau drepturile de preferinţă înlăturate iar nu numai acceptate de către practician. Prin urmare, o listă pozitivă, care să indice doar creanţele şi drepturile de preferinţă existente rămâne doar tabelul definitiv, cel preliminar conţinând şi ceea ce înlătură practicianul din totalitatea creanţelor pentru care s-a făcut cerere de admitere. Dealtfel în practică în mare parte se şi lucrează astfel, încă de sub imperiul Legii nr. 64/1995. Pentru rigoare juridică, legiuitorul ar trebui, însă, să aducă prevederilor art. 72 alin. (1) din lege completările necesare în sensul analizat.

*

Legea prevede expres ca tabelul preliminar să fie înregistrat la grefa tribunalului (practic la registratură, pentru că o „grefă", ca atare, nu există, ci există registratura instanţei şi grefierul de şedinţă) şi astfel să ajungă la dosarul cauzei, în care judecătorul sindic va dispune şi afişarea acestuia la uşa instanţei, de către grefier (care ar trebui să facă afişarea doar în baza legii, dar trebuie avut în vedere că, de regulă, grefierul execută doar ceea ce îi dispune judecătorul), întocmindu-se un proces- verbal în acest sens, de la data căruia se consideră că au luat cunoştinţă creditorii care au fost menţionaţi astfel cum au cerut în tabel, precum şi terţele persoane. Tot grefierul este acela care de multe ori comunică un exemplar al tabelului către debitor, dar considerăm că formularea art. 72 alin. (3) este în sensul că această obligaţie incumbă practicianului (fiind actul acestuia iar nu al instanţei). Modalitatea de comunicare trebuie să asigure dovada primirii de către debitor şi a datei acestei primiri. Data afişării menţionată în procesul verbal va constitui, potrivit art. 72 alin. (3), data de la care creditorii înscrişi în tabelul preliminar (desigur cei cu creanţe acceptate iar nu înlăturate) pot participa, procedural legal, la adunările creditorilor, până atunci nefiind decât creditori în sensul art. 3 pct. 7. De remarcat că dispoziţiile sub acest din urmă aspect din art. 72 alin. (3) nu se corelau cu cele din art. 3 pct. 8 din formularea iniţială a Legii nr. 85/2006, care aveau în vedere intervenirea dreptului creditorului de a participa şi vota la adunarea creditorilor numai după admiterea cererii de înregistrare a creanţei pe tabelul definitiv al creanţelor contra debitorului. Pentru a îndrepta lucrurile, prin dispoziţiile Legii nr. 277/2009 legiuitorul a modificat în mod corespunzător prevederile art. 3 pct. 8, în sensul că are calitate de creditor îndreptăţit să participe la procedură şi creditorul căruia i s-a admis cererea de înscriere a creanţei sale în tabelul preliminar. Oricum şi fără această modificare necorelarea putea fi considerată doar aparentă; aceasta deoarece chiar dacă art. 64 nu precizează expres, cererea la care se referă este de admitere a creanţelor în sensul înregistrării în tabelul definitiv; mai mult, legea prevede formularea unei singure cereri de admiterea creanţelor, iar faptul că procedura de verificare are două faze constituie un aspect distinct, care nu implică

formularea a câte unei cereri pentru fiecare fază. Oricum, în sensul art. 72 alin. (3) sunt şi dispoziţiile art. 15 alin. (2) din lege.

Afişarea constituie modalitatea de aducere la cunoştinţa debitorului, creditorilor, ca părţi interesate (cei care au dreptul să conteste) a rezultatului verificării, adică – aşa cum s-a menţionat la analiza privind conţinutul tabelului preliminar – a creanţelor, părţilor din creanţe sau a drepturilor de preferinţă acceptate sau respinse, deoarece trebuie considerat că toate constituie obiectul menţiunilor din tabelul preliminar.

*

În ceea ce priveşte creanţele, părţile din creanţe sau drepturile de preferinţă neacceptate de practician pentru înscrierea în tabel (legea vorbeşte despre înlăturare sau trecere parţială), acesta are obligaţia procedurală de a trimite, de îndată după afişare, o notificare creditorilor astfel vizaţi, în care trebuie să se indice şi motivele pentru care a intervenit înlăturarea sau menţionarea doar parţială în tabel. Notificarea prevăzută de art. 72 alin. (4) ar putea fi supusă contestaţiei creditorilor în temeiul art. 21 alin. (2), dacă este considerată drept o măsură de ordin procedural a practicianului în insolvenţă, dar obiectul unei astfel de contestaţii nu se poate referi decât la notificarea în sine, iar nu şi la fondul creanţei. Contestarea creanţei se poate face în acest context al procedurii (în procedura de verificare), doar potrivit reglementării specifice a acesteia, deci doar în temeiul art. 73, astfel cum s-a arătat anterior, altfel ar exista posibilitatea formulării a două rânduri de contestaţii succesive, ceea ce ar excede cadrului legal.

Notificarea prevăzută de art. 72 alin. (4) nu are rolul de a se raporta la ea termenul de formulare a contestaţiei în baza art. 73, care e altfel stabilit de art. 73 alin. (2), iar termenul de definitivare a tabelului de creanţe este prezumat, potrivit art. 7 alin. (7), a fi avut în cunoştinţă de creditorii care au depus cereri de admitere a creanţelor. Măsura notificării este justificată de gravitatea, pentru creditor, a măsurii înlăturării creanţei sale sau a dreptului de preferinţă, astfel că legiuitorul a considerat necesar să-l înştiinţeze într-un mod anume de măsura respectivă, pentru a şti să procedeze în consecinţă.

*

În final rămân doar în raportul de activitate, fără a fi afişate sau notificate, motivele de acceptare a creanţelor sau drepturilor de preferinţă.

Dispoziţiile art. 73 permit contestarea acceptării unei creanţe şi de către alţi creditori decât titularul acesteia, prin urmare acei creditorilor sunt datori să cunoască motivele acceptării creanţei din rapoartele de activitate, în care se regăsesc aceste motive.

§11. Contestarea tabelului preliminar de creanţe

Potrivit art. 73 din Legea nr. 85/2006 în forma iniţială:

(1) Debitorul, creditorii şi orice altă parte interesată vor putea să formuleze contestaţii cu privire la creanţele şi drepturile de preferinţă trecute de administratorul judiciar/lichidator în tabelul preliminar de creanţe.

(2) Contestaţiile trebuie depuse la tribunal cu cel puţin 10 zile înainte de data stabilită, prin sentinţa de deschidere a procedurii, pentru definitivarea tabelului de creanţe atât în procedura generală, cât şi în procedura simplificată.

(3) La termenul stabilit prin sentinţa de deschidere a procedurii pentru definitivarea tabelului de creanţe, judecătorul sindic va soluţiona deodată, printr-o singură sentinţă, toate contestaţiile, chiar dacă pentru soluţionarea unora ar fi nevoie de administrarea de probe; în acest din urmă caz, judecătorul sindic poate să admită, în tot sau în parte, creanţele, în mod provizoriu, la masa credală, atât în ceea ce priveşte deliberările cât şi repartiţiile.

(4) Dacă se admite creanţa fără dreptul de preferinţă pretins, aceasta va participa la repartiţiile sumelor obţinute din valorificarea bunurilor negrevate de garanţii.

(5) Din sumele care s-ar obţine din valorificarea bunurilor supuse dreptului de preferinţă contestat se va consemna partea ce s-ar cuveni acelei creanţe.

Prin Legea nr. 277/2009 dispoziţiile art. 73 alin. (3) au fost modificate astfel: „La termenul stabilit prin sentinţa de deschidere a procedurii pentru definitivarea tabelului de creanţe, judecătorul sindic va soluţiona deodată, printr-o singură sentinţă, toate contestaţiile, chiar dacă pentru soluţionarea unora ar fi nevoie de administrare de probe; în

acest din urmă caz, judecătorul sindic poate să admită, în tot sau în parte, înscrierea creanţelor respective în tabelul definitiv al tuturor creditorilor împotriva averii debitorului."

*

Spre deosebire de contestarea la care se referă art. 66 alin. (3), contestaţia prevăzută de art. 73 se formulează împotriva creanţelor astfel cum au fost menţionate de practicianul în insolvenţă, în urma verificării, în tabelul preliminar. Că e vorba de o contestaţie distinctă rezultă şi din faptul că aceasta se depune la tribunal, nefiind adresată practicianului. Acesta din urmă nu are de ce să trimită la tribunal contestările ce i se înaintează conform art. 66 alin. (3) sau să considere că odată astfel contestată creanţa nu ar mai trebui ca el să îşi finalizeze atribuţia de verificare, pentru că operaţiunea de verificare revenind practicianului şi, respectiv, jurisdicţia în soluţionarea contestaţiilor din partea judecătorului sindic constituie activităţi distincte. Creditorii pot deci să conteste modul în care s-a menţionat în tabel nu numai creanţa altui creditor (dacă s-a acceptat) ci şi creanţa proprie (dacă s-a înlăturat), iar debitorul poate să conteste toate creanţele (dacă s-au acceptat, altfel, dacă nu s-au acceptat intervine lipsa de interes). Atât contestarea de la art. 66 alin. (3) cât şi cea de la art. 73 se pot referi la aceleaşi aspecte, inclusiv de natură juridică. Soluţionarea lor, în prima fază, de către practician nu va avea caracter jurisdicţional, pentru că practicianul, indiferent dacă are şi pregătire juridică, apreciază aspectele contestate în exercitarea unei atribuţii administrative (de administrare a procedurii), neavând atribuţii de natură jurisdicţională, acestea din urmă revenind exclusiv tribunalului, prin judecătorul sindic. Este evident, însă, că o bună pregătire juridică a practicianului este de natură să reducă numărul contestaţiilor admise în aplicarea art. 73.

*

Fiecare dintre creditori poate contesta fiecare dintre creanţe (altele decât aceea proprie acceptată sau şi cea proprie dacă a fost înlăturată, altfel contestaţia este lipsită de interes) astfel cum au fost menţionate în tabelul preliminar, atât sub aspectul cuantumului cât şi al drepturilor de preferinţă. De asemenea, debitorul poate formula contestaţie cu privire la oricare dintre aceste creanţe.

După cum s-a arătat la analiza art. 66 alin. (3) practicianul care a întocmit tabelul preliminar nu are calitate procesuală activă în formularea contestaţiilor în baza art. 73, pentru că ar însemna să conteste chiar menţiunile pe care el le-a făcut în tabelul respectiv.

Este greu de apreciat ce a vrut legiuitorul să înţeleagă prin formularea „şi orice parte interesată" din textul art. 73, deoarece termenul „parte" trebuie să fie raportat la procedură în sine, în care, în esenţă, sunt părţi doar debitorul şi creditorii; practicianul şi instanţele sunt organe de aplicare a procedurii şi mai pot fi interesate în procedură, sub un aspect sau altul şi alte persoane, care nu trebuie confundate cu părţile în procedura propriu-zisă. O soluţie de interpretare ar fi considerarea „altei părţi interesate" ca parte în raportul obligaţional, de creanţă, iar nu în procedură (fidejusorii, persoanele care au constituit o garanţie reală pentru debitor, în favoarea creditorului), dar formularea textului se referă expres la „părţi" în contextul procedural. În concluzie, este de reţinut că au calitate procesuală activă pentru formularea contestaţiilor în baza art. 73 debitorul, creditorul titular al creanţei contestate şi ceilalţi creditori. Oricum aceştia din urmă, trebuie să-şi dovedească interesul legitim (de exemplu în sensul că le este înlăturată ordinea de preferinţă proprie dacă în mod greşit în tabelul preliminar o altă creanţă a fost menţionată ca fiind garantată).

*

Termenul maxim de depunere a contestaţiilor este cel de 10 zile înainte de data stabilită pentru definitivarea tabelului de creanţe, indiferent că este vorba de procedura generală sau simplificată.

Judecata contestaţiilor formulate în temeiul art. 73, începând cu formularea cererii de contestaţie, îmbracă forma judecăţii de drept comun a unui litigiu, cu administrarea probelor necesare, inclusiv expertize contabile în cazul în care complexitatea litigiului le face utile. Fiind vorba de contestaţii la tabelul preliminar, deci privind măsura luată de practician în urma verificării, părţile în judecata acestor contestaţii nu mai au de ce să fie cele în raport cu declaraţia de creanţe, din prima fază a procedurii de verificare. (Practic, în Codul comercial cele două faze erau părţi ale unei proceduri de verificare unitare, în timp ce în reglementarea actuală ele sunt distincte, nu numai faţă de caracterul administrativ, respectiv jurisdicţional, ci şi în ceea ce priveşte părţile). În

contestaţiile formulate în temeiul art. 73 contestatorii vor fi deci asimilaţi reclamantului. Ei vor trebui să îşi dovedească cererea (contestaţia) în raport cu motivele care au determinat practicianul să menţioneze creanţa în tabel ca acceptată sau înlăturată. Calitatea de intimat revine practic în primul rând practicianului care a întocmit tabelul preliminar sau doar titularului creanţei contestate? Considerăm că revine ambilor şi chiar debitorului. Aceasta, pentru că în mod evident şi debitorul este parte interesată, creanţele din tabel vizând dreptul lui asupra bunurilor din averea proprie; în cazul practicianului acesta ia măsura admiterii/respingerii creanţelor prin tabelul preliminar, iar această măsură nu este exceptată de la contestarea prevăzută în general pentru orice măsură a practicianului, conform art. 21 (deosebire constând în formularea contestaţiei în contextul aplicării art. 73); în ceea ce priveşte creditorul titular al creanţei contestate, dreptul acestuia este evident pus în joc.

Dar, în baza aceloraşi raţiuni, ar trebui considerat că judecata contestaţiilor priveşte nu numai pe aceia menţionaţi mai sus ci şi pe ceilalţi creditori chirografari, ale căror creanţe nu au fost contestate, în cazuri cum ar fi contestarea unei creanţe cu privire la care un creditor a cerut să se reţină că e garantată, dar în tabelul de creanţe s-a trecut negarantată. Dacă se va admite contestaţia, evident că faţă de situaţia anterioară, în care o creanţă negarantată venea la distribuţia din valoarea bunului cu care s-a garantat doar dacă mai rămânea ceva după plata creditorului garantat, consecinţa va fi existenţa doar a unei categorii de creditori, chirografari, fiecare venind la distribuire într-o cotă egală, fără să se mai pună problema unor drepturi de preferinţă diferite. Sub acest din urmă aspect într-o lucrare anterioară („Procedura insolvenţei – Partea generală") am apreciat că dacă cererea de contestaţie nu priveşte expres şi pe alţi creditori, atunci aceştia nu au calitate procesuală, dar ar putea face cerere de intervenţie; problema are importanţă pentru că, de exemplu, doar părţile de la judecata în primă instanţă au calitatea procesuală activă în formularea recursului. Aprecierea se baza pe dispoziţiile art. 7 alin. (2) teza 1 din lege, sub aspectul sintagmei „sunt supuse" din textul de lege, în sensul formulării unei cereri care trebuie să prevadă expres părţile şi al judecării acesteia (în raport cu principiul disponibilităţii) între părţile indicate ca atare de reclamant, fără a se putea dispune intervenirea forţată şi a altor părţi în judecată; alte

persoane pot face, însă, cerere de intervenţie, sau dacă reclamantul nu a indicat intimatul real, aceasta atrage respingerea cererii pentru lipsa calităţii procesuale pasive. Poate că acea concluzie e justificată mai mult pe argumente de formă, în sensul că însuşi legiuitorul, într-un mod derogatoriu de la concluzia care ar rezulta pe criterii de fond, şi-a exprimat expres intenţia în acest sens (pentru a se asigura celeritatea judecăţii mai ales în cauzele cu foarte multe părţi), în timp ce pe argumente de fond ar fi valabilă interpretarea în care intimaţi trebuie să fie şi ceilalţi creditori care nu sunt titularii creanţei contestate, alături de creditorul titular, practician şi debitor. Aceasta era şi reglementarea prevăzută anterior în Codul comercial şi acum, ca şi atunci, debitorul şi orice creditor pot contesta orice creanţă.

*

Legiuitorul a avut în vedere soluţionarea deodată a contestaţiilor la creanţele din tabelul preliminar, de către judecătorul sindic, printr-o singură sentinţă. Printr-o „singură sentinţă" de definitivare a tabelului de creanţe trebuie înţeleasă hotărârea finală. Astfel, într-o primă ipoteză, printr-o singură sentinţă se pot soluţiona final, definitiv toate contestaţiile. Dar, într-o altă ipoteză, pentru soluţionarea unora iar nu şi a altora dintre contestaţii trebuie administrate probe, de exemplu o expertiză contabilă, iar aceasta cere timp astfel că nu permite judecarea concomitentă a tuturor contestaţiilor. În această ipoteză, legiuitorul a avut în vedere, pe lângă varianta ca acele contestaţii care nu necesită probe să rămână pe rol până când se administrează probele pentru celelalte (ceea ce ar contraveni principiului celerităţii), şi o variantă distinctă în care se pronunţă o singură sentinţă prin care se soluţionează în mod final contestaţiile care nu implică administrarea de probe şi se admit, totodată, doar provizoriu, creanţele vizate prin contestaţiile care necesită administrarea de probe, printr-o sentinţă prin care se soluţionează, deci, toate contestaţiile dar unele dintre ele doar provizoriu. În acest sens trebuie interpretate dispoziţiile art. 73 alin. (3) teza finală şi, de asemenea, alin. (4) şi (5), chiar dacă acestea nu au în vedere expres, ci doar implicit, admiterea provizorie.

Admiterea provizorie rămâne la latitudinea judecătorului sindic, care va aprecia în funcţie de criteriul probelor ce trebuie administrate: dacă

probele se pot administra într-un termen scurt, respectiv, dacă implică o perioadă mai îndelungată de administrare.

În forma iniţială a alin. (3) din art. 73 se prevedea în mod expres că admiterea provizorie a unor contestaţii (de fapt, a unor creanţe sau drepturi de preferinţă), are în vedere „atât deliberările, cât şi repartiţiile". Prin Legea nr. 277/2009 legiuitorul a modificat dispoziţiile art. 73 alin. (3) în sensul înlăturării referirilor la deliberări şi la repartiţii, pentru motivul că aceşti termeni nu se regăsesc în cuprinsul legii. Desigur că motivul respectiv este real, dar nu era suficient pentru modificarea în discuţie, deoarece înţelesul termenilor respectivi, având o exprimare de sorginte mai veche, putea fi lămurit printr-o interpretare facilă. Dar, se pare că uneori legiuitorul înţelege rigoarea juridică în dauna unei bune reglementări. Termenul „deliberări" privea considerentele reţinute de tribunal prin hotărârea pronunţată referitor la admiterea provizorie, iar termenul „repartiţii" însemna distribuirile efectuate în procedură pe seama creanţei la care se referă contestaţia admisă provizoriu. Oricum, aspectele privind considerentele şi distribuirile subzistă în procedură şi în raport cu modificarea art. 73 alin. (3).

Ulterior sentinţei care include admiterea provizorie se pronunţă o sentinţă finală (după administrarea probelor), care, fiind definitivă şi executorie, va face să înceteze sau „confirmă" consecinţele admiterii provizorii. Această sentinţă finală vizează doar contestaţiile admise provizoriu anterior. Între timp, în urma admiterii provizorii, atât deliberarea (considerentele) tribunalului cât şi repartiţiile (distribuirile) care se vor efectua până la sentinţa finală, precum şi votul în adunarea creditorilor etc. sunt doar cu statut provizoriu. În funcţie de sensul admiterii provizorii, în ceea ce priveşte menţinerea sau nu a înscrierii sau neînscrierii creanţei în tabelul preliminar, creditorul va exercita sau nu atributele calităţii de creditor îndreptăţit să participe la procedură. Conţinutul acestor atribute se va corela ulterior cu dispoziţiile sentinţei finale.

Potrivit art. 73 alin. (4) şi (5), dacă creanţa s-a admis (provizoriu) fără dreptul de preferinţă (determinat de garanţii) care fusese pretins de creditor, creanţa respectivă va participa provizoriu (până la sentinţa finală) la distribuiri dar numai din sumele obţinute din bunurile debitorului negrevate de garanţii. Totodată, din suma obţinută în urma eventualei valorificări a bunurilor supuse dreptului de preferinţă (garanţiei) se va

consemna partea ce s-ar cuveni acelei creanţe (pentru eventualitatea în care, prin sentinţa finală creanţa va fi admisă cu dreptul de preferinţă pretins).

Admiterea provizorie atrage provizionarea până la soluţionarea finală a contestaţiei, potrivit art. 127 şi nu este apanajul practicianului, în prima fază a procedurii de verificare, ci doar al tribunalului, prin judecătorul sindic şi referitor doar la creanţele din tabelul preliminar contestate, pentru că altfel s-ar opune principiul celerităţii în stabilirea masei credale. De exemplu, nici dacă s-a cerut o creanţă în baza unei cambii nu se poate cere admiterea provizorie a creanţei, de către practician, până când se va putea prezenta cambia, care poate să fie girată la acel moment, deci nu în posesia celui ce a solicitat verificarea creanţei. În acest sens, a se vedea şi dispoziţiile art. 65 alin. (3), care implică depunerea titlurilor de valoare sau la purtător.

Admiterea în mod provizoriu a unor contestaţii, chiar dacă este necesară uneori, este de natură să complice major procedura insolvenţei şi de aceea, în practica judiciară s-a considerat că este recomandabil să fie utilizată doar cu mari reticenţe.

Judecătorul sindic admite sau respinge (în tot sau în parte) fiecare contestaţie formulată, adică admite sau respinge creanţa contestată. Creanţa respinsă, fie că nu a fost acceptată în tabelul preliminar, fie că a fost, dar a fost respinsă pe calea soluţionării unei contestaţii formulate în temeiul art. 73, atrage pentru titularul ei lipsa calităţii de creditor îndreptăţit să participe la procedura insolvenţei, acesta devenind străin de procedură.

Potrivit dispoziţiilor art. 73, la momentul soluţionării contestaţiilor, tabelul preliminar rectificat conform celor dispuse prin hotărârea de soluţionare a contestaţiilor respective, devine, practic, tabelul definitiv al creanţelor împotriva debitorului.

§12. Tabelul definitiv al creanţelor

Potrivit art. 74 din Legea nr. 85/2006:

(1) După ce toate contestaţiile la creanţe au fost soluţionate, administratorul judiciar/lichidatorul va înregistra, de îndată, la tribunal şi va

avea grijă să fie afişat la sediul acestuia tabelul definitiv al tuturor creanţelor împotriva averii debitorului, arătând suma, prioritatea şi situaţia – garantată sau negarantată – a fiecărei creanţe.

(2) După înregistrarea tabelului definitiv, numai titularii creanţelor înregistrate în tabelul definitiv pot să participe la votul asupra planului de reorganizare sau la orice repartiţii de sume în caz de faliment în procedura simplificată.

În conformitate cu prevederile art. 3 pct. 17 din Legea nr. 85/2006, prin tabel definitiv de creanţe se înţelege tabelul care cuprinde toate creanţele asupra averii debitorului la data deschiderii procedurii, acceptate în tabelul preliminar şi împotriva cărora nu s-au formulat contestaţii în conformitate cu prevederile art. 73, precum şi creanţele admise în urma soluţionării contestaţiilor. În acest tabel se arată suma admisă şi rangul de prioritate a creanţei.

Tabelul definitiv constituie rezultatul final al derulării ambelor faze, administrativă şi jurisdicţională a procedurii de verificare a creanţelor şi reflectă masa pasivului/ masa credală astfel stabilită (Este de precizat că şi în ipoteza în care a intervenit o admitere provizorie a unor contestaţii, hotărârea finală asupra acestora intervine, în mod firesc, mai înainte de înregistrarea tabelului definitiv la tribunal; sau, altfel spus, tabelul definitiv rezultă numai după ce contestaţiile sunt soluţionate în mod final, iar nu doar provizoriu, interpretarea în acest sens rezultând din formularea dispoziţiilor art. 74 din lege).

Deoarece tabelul definitiv nu mai este, în principiu, supus vreunei contestaţii (pentru că este definitiv, fiind rezultatul unui proces de contestare; desigur hotărârea prin care au fost soluţionate contestaţiile poate fi atacată prin căile de atac ordinare şi extraordinare, dar este executorie), legiuitorul a apreciat că nu se mai justifică în privinţa acestuia decât depunerea la dosarul cauzei în urma înregistrării la registratura tribunalului şi afişarea lui la uşa tribunalului, fără a mai fi considerată ca necesară comunicarea către părţi. Posibilitatea contestării tabelului definitiv pentru motivele de excepţie prevăzute de art. 75 este prevăzută pentru tot intervalul ulterior de timp rămas până la închiderea procedurii, fără a mai implica respectarea unui termen anume, astfel că pentru a fi cunoscut şi pentru eventuala formulare a

contestaţiei respective, despre tabelul definitiv se ia cunoştinţă de la dosarul cauzei sau de la avizierul tribunalului. Înregistrarea şi afişarea tabelului definitiv trebuie realizate în condiţii de celeritate, de îndată ce toate contestaţiile la creanţe formulate în baza art. 73 au fost soluţionate.

Legiuitorul nu a distins dacă este vorba de o soluţionare în mod definitiv sau în mod irevocabil a contestaţiilor. Hotărârea prin care judecătorul sindic a soluţionat contestaţiile respective este definitivă şi executorie, ceea ce ar permite să se înregistreze/afişeze tabelul definitiv, dar eventuala casare/modificare a hotărârii în recurs ar atrage rectificarea tabelului deja înregistrat/rectificat, ceea ce a determinat exprimarea în doctrină a opiniei în sensul că înregistrarea/afişarea trebuie realizate după soluţionarea irevocabilă a contestaţiilor la creanţe. Or, potrivit legii speciale în materie, hotărârea prin care judecătorul sindic soluţionează contestaţiile la creanţe este executorie, în sensul că imediat după pronunţarea acesteia, inclusiv în baza ei, procedura trebuie să continue, în virtutea principiului celerităţii, cu efecte mai extinse decât simpla înregistrare /afişare a tabelului în discuţie. Legea nu a avut în vedere expres posibilitatea rectificării tabelului definitiv în urma casării/modificării intervenite în recurs, dar înlăturarea actelor de procedură efectuate în baza unei hotărâri judecătoreşti casate/modificate în recurs este – cu excepţiile de rigoare – un efect legal al deciziei pronunţate în recurs, chiar dacă prezintă inconvenientul de a complica şi mai mult procedura insolvenţei. Altfel, ar însemna că sub aspectul în discuţie intervine o excepţie de la regula celerităţii şi caracterului executoriu al hotărârilor judecătorului sindic, iar o astfel de excepţie poate fi reţinută doar dacă ar fi prevăzută în mod expres de legiuitor. De altfel, nu trebuie uitat că prin soluţionarea contestaţiilor la creanţă se înţelege în raport cu dispoziţiile art. 73 alin. (3) şi admiterea creanţelor la masa credală doar în mod provizoriu, ceea ce implică, de asemenea, posibilitatea unei rectificări la momentul soluţionării definitive. În urma rectificării tabelului definitiv, ca efect legal al casării/modificării etc., este necesară şi reînregistrarea/reafişarea tabelului astfel cum a fost rectificat.

Doar creditorii ale căror creanţe au fost înregistrate pe tabelul definitiv al creanţelor debitorului sunt îndreptăţiţi să participe în continuare la procedura insolvenţei, potrivit prevederilor art. 3 pct. 8 din Legea

nr. 85/2006 În consecinţă, doar creditorii înscrişi în tabelul definitiv au dreptul să fie informaţi /notificaţi în legătură cu desfăşurarea procedurii şi vor putea compune adunarea sau comitetul creditorilor; doar aceşti creditori vor putea vota planul şi vor participa la distribuirile făcute în cadrul procedurii (în cazul planului de reorganizare, tabelul definitiv serveşte mai întâi la conceperea programului de plată), tabelul definitiv cuprinzând datele necesare în acest din urmă scop: denumirea creditorului, cuantumul creanţei, dacă aceasta este garantată sau chirografară, ordinea de prioritate la plată a acesteia rezultată din art. 121, 123 din lege; de asemenea, doar creditorii respectivi vor putea participa la alte proceduri reglementate prin Legea nr. 85/2006.

§13. Contestarea tabelului definitiv al creanţelor

Potrivit art. 75 din Legea nr. 85/2006:

(1) După expirarea termenului de depunere a contestaţiilor, prevăzut la art. 73 alin. (2) şi până la închiderea procedurii, orice parte interesată poate face contestaţie împotriva trecerii unei creanţe sau a unui drept de preferinţă în tabelul definitiv de creanţe, în cazul descoperirii unui fals, dol sau a unei erori esenţiale care a determinat admiterea creanţei sau a dreptului de preferinţă, precum şi în cazul descoperirii unor titluri hotărâtoare şi până atunci necunoscute.

(2) Judecarea contestaţiei se va face de judecătorul sindic, după citarea contestatorului, a creditorului care deţine creanţa contestată, dacă acesta nu este chiar contestatorul, a administratorului judiciar/lichidatorului, a membrilor comitetului creditorilor şi a oricărei alte părţi interesate, după caz.

(3) Până la judecarea irevocabilă a contestaţiei, judecătorul sindic va putea declara creanţa sau dreptul de preferinţă contestat ca admis numai provizoriu.

Planificarea procedurii de verificare a creanţelor, în ceea ce priveşte termenele prevăzute de art. 62 alin. (1) lit. b), c) şi d), este stabilită deja prin hotărârea de deschidere a procedurii. Termenul de definitivare a tabelului creanţelor, adică cel prevăzut de art. 61 alin. (2) lit. d) este cel

până la care trebuie soluţionate contestaţiile la tabelul preliminar, formulate în baza art. 73. Aceste contestaţii trebuie înregistrate la tribunal cu cel puţin 10 zile înainte de împlinirea termenului de definitivare, termen care este relativ scurt dacă ţinem cont că judecarea contestaţiilor implică în mod obligatoriu citarea unor părţi şi, în consecinţă, şi termenul de definitivare trebuie considerat a fi de recomandare sub aspectul datei maxime de soluţionare a contestaţiilor; termenul maxim de 10 zile înaintea termenului stabilit pentru definitivare rămâne, însă, obligatoriu, depunerea unei contestaţii după împlinirea acestui termen atrăgând respingerea ei ca tardiv formulată. Însă, potrivit art. 75, în continuarea derulării procedurii, începând cu data împlinirii acestui termen de 10 zile calculate în urma celui de definitivare şi până la data închiderii procedurii, orice parte interesată mai poate formula, în mod cu totul special, contestaţie împotriva menţionării unei creanţe sau a unui drept de preferinţă în tabelul definitiv, dar numai pentru anumite motive. În general motivele enumerate în mod limitativ în cuprinsul art. 75 (falsul, dolul, eroarea esenţială, titluri hotărâtoare) pot fi invocate, doar ele sau alături cu oricare altele şi pentru formularea contestaţiilor din procedura de verificare a creanţelor anterioară, îndeosebi cele la tabelul preliminar formulate în baza art. 73. Aceasta ar putea crea impresia că şi imediat după împlinirea termenului de 10 zile înaintea termenului de definitivare se mai pot formula contestaţii (numai) pentru motivele arătate, astfel că după împlinirea termenului de 10 zile înaintea termenului de definitivare, pe rolul tribunalului ar putea coexista atât contestaţiile formulate în baza art. 73 cât şi cele formulate în baza art. 75.

În realitate, deşi atât în cazul art. 73 cât şi în cazul art. 75 poate fi vorba de fals, dol, eroare esenţială, titluri hotărâtoare, acestea, în mod distinct şi exclusiv în cazul art. 75 nu sunt privite în general, ci se are în vedere falsul, eroarea, dolul care au determinat admiterea creanţei sau dreptului de preferinţă sau titlurile hotărâtoare care existau până la data admiterii dar au rămas necunoscute (sau, în unele cazuri, au apărut ulterior). Prin urmare, legiuitorul nu a urmărit să distingă sub aspect obiectiv, ci doar în sensul că dacă motivele respective nu au putut fi invocate până la definitivarea tabelului de creanţe, să se lase şi în continuare posibilitatea de a fi invocate. În consecinţă, cele două cate-

gorii de contestaţii sunt distincte, în ceea ce priveşte motivele enumerate la art. 75, doar sub aspect formal procedural. De altfel, dispoziţiile menţionate disting şi terminologic în ceea ce priveşte aceste contestaţii, în sensul că deşi se referă la aceleaşi aspecte – creanţele, respectiv, drepturile de preferinţă – primele privesc tabelul preliminar în timp ce celelalte privesc tabelul definitiv. Prin urmare, sub aspect formal procedural fiecare dintre cele două categorii de contestaţii trebuie soluţionate separat, cele formulate în baza art. 75, evident după ce există un tabel definitiv. Dacă motivele speciale enumerate ajung să fie invocate în baza art. 75, se pune problema că nu au fost cunoscute pentru a fi invocate pe calea art. 73, ci doar ulterior, deci nu este vorba de coexistenţa a două tipuri de contestaţii.

Nu prezintă relevanţă când anume a cunoscut motivele enumerate în art. 75 cel nedreptăţit prin admiterea creanţei sau dreptului de preferinţă, pentru că are posibilitatea contestării până la închiderea procedurii.

Asupra a ceea ce înseamnă instituţiile juridice enumerate: fals, dol, eroare esenţială, titluri (hotărâtoare), nu considerăm necesar să insistăm în acest context, putând fi avute în vedere referirile din dreptul comun. Precizăm doar că falsul, dolul, eroarea esenţială se pot produce şi strict în cadrul procedurii insolvenţei.

Falsul, dolul, eroarea esenţială, titlurile hotărâtoare trebuie să fi fost determinante, adică dacă ar fi fost cunoscute nu s-ar fi admis creanţa sau dreptul de preferinţă, în tot sau în parte.

*

În privinţa cadrului procesual referitor la părţile în raport cu care trebuie să se judece contestaţia formulată în baza art. 75, reglementarea legală comportă unele deosebiri faţă de reglementarea aceluiaşi aspect prin dispoziţiile art. 73 din lege. Astfel, dispoziţiile art. 75 alin. (2) se referă în mod expres la efectuarea citării şi trebuie considerat că au caracter special faţă de dispoziţiile privind citarea din art. 7, ceea ce înseamnă că nu se pot corobora cu acestea. Legiuitorul precizează expres că se citează în primul rând contestatorul, care poate fi orice parte interesată; nefiind vorba de orice persoană interesată ci de o parte interesată, şi din moment ce părţile în procedura insolvenţei (în general, nu şi în raport cu unele acţiuni specifice din cuprinsul acesteia) sunt debitorul şi creditorii, doar aceştia pot fi şi contestatori (practicianul nu

este parte, ci organ care aplică procedura). Dacă contestator este debitorul sau un alt creditor, se va cita şi creditorul titular al creanţei sau al dreptului de preferinţă vizat prin contestaţie. De asemenea, s-a prevăzut distinct citarea practicianului desemnat în cauză, pentru opozabilitate sub aspectul îndeplinirii, în ceea ce îl priveşte, a dispoziţiilor hotărârii prin care se va soluţiona contestaţia. În ceea ce priveşte ceilalţi creditori decât acela care contestă sau este titularul creanţei contestate, legiuitorul nu a prevăzut expres citarea şi a acestora, dar a prevăzut, referitor la ei, citarea membrilor comitetului creditorilor şi a oricărei alte părţi interesate; comitetul creditorilor nu este citat în sine pentru că ar putea reprezenta interesele celorlalţi creditori în ceea ce priveşte creanţele fiecăruia (şi nu îi este conferită legal o asemenea atribuţie, în condiţiile în care referitor la fiecare dintre creanţe, interesele sunt de cele mai multe ori contrare între creditori). Membrii comitetului pot informa, însă, pe ceilalţi creditori despre contestaţia formulată, pentru judecata căreia au fost citaţi şi dacă vreunul dintre ei are vreun interes în soluţionarea acesteia va putea formula cerere de intervenţie. Prin urmare, formularea „parte interesată" implică o manifestare procedurală din partea acesteia şi numai în măsura în care partea respectivă îşi manifestă interesul, va fi citată şi cerere ei va fi analizată, mai întâi sub aspectul realităţii şi legalităţii interesului.

Nu suntem de acord cu interpretarea formulării „oricare altă parte interesată" în sensul că ar însemna „orice altă persoană interesată", adică mai mult decât debitorul şi creditorii în procedură; în concret, în ceea ce priveşte distincţia dintre cele două formulări, pot fi avute în vedere criteriile la care s-a făcut referire, sub acelaşi aspect, în cazul analizei dispoziţiilor art. 73.

În doctrină s-a susţinut că art. 75 ar trebui să prevadă posibilitatea contestării şi pentru motivul omisiunii trecerii unei creanţe în tabelul definitiv. Dar, este vorba de o omisiune prin greşeală materială; dacă aceasta a intervenit în tabelul preliminar exista posibilitatea contestării în baza art. 73; altfel, considerăm că greşeala materială poate fi îndreptată, dar cu menţiunea în sensul că creditorul care obţine această îndreptare va prelua procedura din acel moment, fără posibilitatea exercitării drepturilor în mod retroactiv.

Se mai susţine că ar trebui ca dispoziţiile art. 75 să prevadă ca motiv de contestaţie şi neîndeplinirea notificării prevăzute de art. 61 potrivit art. 7 din lege. Or, sancţiunea decăderii este prevăzută expres în art. 76 tocmai pentru acest motiv şi, prin urmare, în contextul luării acestei măsuri se poate contesta îndeplinirea procedurii potrivit art. 7 faţă de un creditor.

În rest, judecarea contestaţiei este similară judecăţii potrivit dreptului comun. Doar eventuala admitere a contestaţiei prin hotărârea judecătorului sindic este în măsură să înlăture creditorului vizat calitatea de creditor îndreptăţit să participe la procedura insolvenţei.

Printr-o hotărâre, judecătorul sindic poate declara că creanţa sau dreptul de preferinţă vizat prin contestaţie este admis în mod provizoriu, până la soluţionarea irevocabilă a contestaţiei; de exemplu, atunci când lămurirea pe deplin ar lua timp, sau creanţele vizate nu sunt mari, nu influenţează votul asupra eventualului plan etc. Admiterea provizorie a creanţei sau dreptului de preferinţă este lăsată de legiuitor la aprecierea judecătorului sindic.

În cazul admiterii provizorii se vor avea în vedere regulile prevăzute de art. 73 alin. (3), (4), (5), după caz, precum şi aspectul provizionării potrivit art. 127.

Spre deosebire de admiterea provizorie din cazul contestaţiilor la tabelul preliminar, în cazul reglementării contestaţiilor la tabelul definitiv nu mai există [în art. 75 alin. (3)], în raport cu dispoziţia privind admiterea provizorie şi precizarea în sensul că toate eventualele contestaţii trebuie soluţionate printr-o singură sentinţă sau că motivul care determină această admitere provizorie este necesitatea administrării de probe. În acest context ar fi posibilă interpretarea că admiterea provizorie în cazul art. 75 ar fi avută în vedere doar cu scopul de a se vedea dacă rămâne sau nu şi irevocabilă această măsura, admiterea provizorie putându-se da chiar fără administrarea de probe şi fără a se mai pronunţa ulterior, de judecătorul sindic, o sentinţă finală. Or, în acest fel nu s-ar asigura dublul grad de jurisdicţie. De aceea considerăm că admiterea provizorie în cazul art. 75 poate fi dispusă tot în cazul contestaţiilor care nu pot fi soluţionate deodată cu celelalte pentru că necesită administrarea de probe; în raport cu prevederile art. 12 alin. (1) din lege recursul împotriva dispoziţiei de admitere provizorie nu poate

fi apreciat drept inadmisibil, fiind supusă recursului şi sentinţa finală privind soluţionarea contestaţiei, care se pronunţă ulterior.

O variantă de interpretare a art. 75 alin. (3) susţinută în doctrină, care pleacă de la faptul că în acest caz legiuitorul nu ar mai folosi formularea „judecătorul sindic admite", este aceea în sensul că de la momentul înregistrării contestaţiei judecătorul declară admise provizoriu creanţa sau dreptul de preferinţă până când contestaţia va fi soluţionată irevocabil, după care contestaţia se soluţionează printr-o hotărâre separată, care nu atrage încetarea admiterii provizorii decât în măsura în care rămâne şi irevocabilă. Această variantă de interpretare ar fi, evident, mult mai simplă. Or, în cuprinsul art. 75 alin. (3) se regăseşte o referire în sensul admiterii provizorii, dar, în general, reglementarea prevăzută de art. 75 nu este certă în sensul acestei interpretări sau al interpretării opuse şi, *de lege ferenda*, s-ar justifica precizările necesare pentru asigurarea unei şi aplicări unitare a legii.

Admiterea contestaţiei conduce la rectificarea tabelului definitiv în ceea ce priveşte creanţa sau dreptul de preferinţă care au fost vizate, pentru că acesta este scopul formulării ei, cu consecinţa reînregistrării /afişării tabelului definitiv rectificat. Este posibil ca în derularea unei proceduri a insolvenţei, până la formularea unei contestaţii în baza art. 75 nu numai să se fi lichidat bunurile debitorului dar să se fi efectuat şi distribuirea fondurilor obţinute, în condiţiile tabelului definitiv existent. În practica şi doctrina judiciară s-a opinat că formularea şi admiterea contestaţiei fie nu poate avea efect decât pentru viitor, referitor la eventualele distribuiri ulterioare, fie trebuie să conducă la anularea distribuirilor făcute şi refacerea distribuirilor în baza noului tabel definitiv de creanţe. Considerăm că faţă de gravitatea motivelor din art. 75 nu se poate concepe să se menţină distribuirile efectuate sub egida falsului, dolului, erorii esenţiale sau a unor titluri nereale. Chiar dacă se complică procedura insolvenţei, distribuirile trebuie restituite la averea debitorului şi făcute noi distribuiri în conformitate cu tabelul definitiv rectificat.

Secţiunea a 4-a. Decăderea creditorului din drepturile procedurale

Potrivit art. 76 din Legea nr. 85/2006 în forma iniţială:

(1) Cu excepţia cazului în care notificarea deschiderii procedurii s-a făcut cu încălcarea dispoziţiilor art. 7, titularul unei creanţe anterioare deschiderii procedurii, care nu depune cererea de admitere a creanţelor până la expirarea termenului prevăzut la art. 62 alin. (1) lit. b), este decăzut, cât priveşte creanţele respective, din următoarele drepturi:

1. dreptul de a participa şi de a vota în cadrul adunării generale a creditorilor;

2. dreptul de a participa la distribuirile de sume în cadrul reorganizării şi falimentului;

3. dreptul de a-şi realiza creanţele împotriva debitorului sau a membrilor ori asociaţilor cu răspundere nelimitată ai persoanei juridice debitoare, ulterior închiderii procedurii, sub rezerva ca debitorul să nu fi fost condamnat pentru bancrută simplă sau frauduloasă ori să nu i se fi stabilit răspunderea pentru efectuarea de plăţi ori transferuri frauduloase.

(2) Decăderea va putea fi invocată oricând, de orice parte interesată, pe cale de acţiune sau excepţie.

Prin Legea nr. 277/2009 prevederile art. 76 alin. (1) au fost modificate astfel: „Cu excepţia cazului în care notificarea deschiderii procedurii s-a făcut cu încălcarea dispoziţiilor art. 7, titularul de creanţe anterioare deschiderii procedurii, care nu depune cererea de admitere a creanţelor până la expirarea termenului prevăzut la art. 62 alin. (1) lit. b), va fi decăzut, cât priveşte creanţele respective, din dreptul de a fi înscris în tabelul creditorilor şi nu va dobândi calitatea de creditor îndreptăţit să participe la procedură. El nu va avea dreptul de a-şi realiza creanţele împotriva debitorului sau a membrilor ori a asociaţilor cu răspundere nelimitată ai persoanei juridice debitoare ulterior închiderii procedurii, sub rezerva ca debitorul să nu fi fost condamnat pentru bancrută simplă sau frauduloasă ori să nu i se fi stabilit răspunderea pentru efectuarea de plăţi sau transferuri frauduloase."

În fundamentarea acestei modificări legiuitorul a reținut că existau neconcordanțe între formularea inițială a art. 76 alin. (1) și definiția creditorului îndreptățit să participe la procedură, iar sancțiunea nedepunerii declarației de creanță este neînscrierea în tabelul de creanțe, pentru a nu încărca acest tabel cu creanțe care oricum nu participă la distribuiri.

*

Reglementarea prevăzută de art. 76 în forma inițială prevedea sancțiunea decăderii din drepturile enumerate în mod expres în text pentru creditorii anteriori deschiderii procedurii care nu au depus declarație de creanță în termenul legal prevăzut de art. 62 alin. (1) lit. b) (termenul de 60 de zile de la deschiderea procedurii, eventual prelungit de către judecătorul sindic). În urma modificării art. 76 alin. (1) prin Legea nr. 277/2009, creditorul este decăzut, în aceleași condiții, nu numai din drepturile enumerate în concret în forma anterioară a textului de lege, ci din toate drepturile pe care le conferă calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură, pentru că au în vedere chiar nedobândirea acestei calități. Nu intervine această sancțiune dacă creditorii nu au fost legal notificați, caz în care trebuie primită în orice stadiu al procedurii declarația lor de creanță, cu consecința intrării în procedură începând cu acel stadiu. Dacă debitorul a fost condamnat pentru bancrută simplă sau frauduloasă, respectiv, i s-a stabilit răspunderea pentru efectuarea de plăți ori transferuri frauduloase, creditorii nu vor mai fi decăzuți din dreptul de a-și realiza creanțele ulterior închiderii procedurii împotriva debitorului sau a membrilor ori asociaților cu răspundere nelimitată, indiferent de modul în care au fost notificați, notificarea fiind o cerință legală distinctă.

Neîndeplinirea în mod legal a notificării prevăzută de art. 61 din lege poate consta în necomunicarea deloc sau comunicarea greșită, cu lipsuri, a notificării.

În doctrina juridică s-a susținut opinia că în cazul în care nu s-au depus documentele debitorului, îndeosebi lista creditorilor, notificarea trebuie considerată neîndeplinită în condițiile legii, cu consecința neintervenirii decăderii și a posibilității creditorilor de a depune în orice stadiu al procedurii cererea de admitere a creanțelor.

În susținerea opiniei se invocă Decizia nr. 1137/2007 a Curții Constituționale, în sensul că creditorul neidentificat în lista creditorilor

sau în alt mod nu poate fi înştiinţat despre deschiderea procedurii şi în vederea depunerii declaraţiei de creanţă doar prin Buletinul procedurilor de insolvenţă, potrivit art. 7 alin. (3) teza II din lege, deşi creditorul respectiv nu are obligaţia să consulte permanent acel buletin, care nu este nici gratuit, ceea ce implică încălcarea liberului acces la justiţie, a dreptului la apărare.

De asemenea, în aceeaşi opinie se susţine că neindicarea unui creditor în contabilitatea debitorului sau în lista creditorilor pe care trebuie să o depună acesta se poate datora omisiunii debitorului, fie din eroare fie în mod voit, chiar cu scopul de a împiedica creditorul să depună declaraţia de creanţă în vederea realizării acesteia, iar aplicarea sancţiunii prevăzută de art. 76 în acest caz ar fi o decizie injustă, care neagă dreptul oricărui creditor la justiţie şi egalitatea tuturor creditorilor unui debitor.

Or, după cum am mai arătat la analiza notificării prevăzute de art. 61 din lege, opinia menţionată nu este justificată în raport cu prevederile art. 7 alin. (3) teza II şi alin. (9) din lege.

Decizia invocată [ca şi art. 7 alin. (3^1), introdus prin O.U.G. nr. 173/2008] nu se referă la creditori ca participanţi la procedura propriu-zisă, ci la persoanele chemate în judecată prin acţiuni distincte din cadrul procedurii, cum sunt cele prevăzute de art. 79-80, 138 din lege. Prin urmare nu se poate considera modificată legea prin decizia respectivă, în privinţa dispoziţiilor art. 7 alin. (3) teza II, care vizează în mod direct deschiderea procedurii, iar nu una dintre acţiunile la care s-a făcut referire.

Dacă neidentificarea creditorului se datorează erorii sau intenţiei frauduloase a debitorului, creditorul nu poate contesta tabelul definitiv, depunându-şi declaraţia de creanţa oricând în derularea procedurii, în baza art. 75 din Legea nr. 85/2006, pentru că acest articol are în vedere contestarea creanţelor înregistrate deja în tabelul definitiv, ceea ce nu este cazul pentru creditorul rămas necunoscut, fără o declaraţie de creanţă depusă. La instituirea dispoziţiilor art. 7 alin. (3) teza II s-a avut în vedere, printre altele şi obligaţia creditorilor de a se interesa despre debitorii lor, iar Buletinul procedurilor de insolvenţă este o facilitate reală în acest sens. De altfel, neindicarea unui creditor în lista creditorilor se poate datora şi conivenţei dintre debitor şi creditorul respectiv,

sau creditorul are asigurări că reorganizarea judiciară al cărei obiect va fi debitorul în procedură va fi o reuşită şi în mod voit nu depune declaraţie de creanţă, pentru a nu fi supus rigorilor procedurii, de exemplu sub aspectul calculării cuantumului creanţei, şi în scopul de a relua acţiunea în realizarea creanţei după închiderea cu succes a reorganizării judiciare.

Decăderea intervine în mod efectiv imediat după împlinirea termenului de depunere a creanţelor, în ceea ce priveşte drepturile prevăzute de art. 76 alin. (1), în contextul procedurii, creditorul nedobândind practic calitatea de creditor prevăzută de art. 3 pct. 8, (situaţie în care decăderea poate fi invocată chiar în procedură, potrivit art. 76 alin. (2), interesaţi în acest sens fiind atât debitorul cât şi ceilalţi creditori, pentru că astfel le cresc şansele de satisfacere a propriei creanţe), dar se extinde şi ulterior închiderii procedurii, pentru dreptul referitor la urmărirea realizării creanţei şi ulterior închiderii procedurii.

Decăderea din acest din urmă drept intervine doar în raport cu creditorul care, în modul arătat, a devenit străin de procedură, deci faţă de acesta se pune problema să nu îşi mai poată realiza creanţa faţă de debitor sau asociaţii acestuia cu răspundere nelimitată nici după închiderea procedurii insolvenţei. Decăderea nu intervine şi faţă de codebitori fidejusori, membrii în organele de conducere, deoarece fiind vorba de o sancţiune aceasta trebuie să fie expresă, or legiuitorul nu i-a menţionat şi pe aceştia în cuprinsul art. 76 alin. (1) din lege şi nu se poate reţine nici că în context ar fi vorba de o stingere a creanţei. Doar în cazul prevăzut de art. 137 alin. (1), în care debitorul persoană fizică este descărcat de datorii, s-ar putea discuta că intervine o stingere a creanţei (debitului), astfel că nici codebitorii, fidejusorii nu ar mai avea pentru ce să fie ţinuţi faţă de creditor, dar interpretarea în acest sens este discutabilă, având în vedere prevederile exprese ale art. 137 alin. (3) din lege.

Secţiunea a 5-a. Reluarea acţiunilor prevăzute de art. 36 din Legea nr. 85/2006 în urma închiderii procedurii insolvenţei

În raport cu scopul procedurii insolvenţei, prevăzut la art. 2 din cuprinsul Legii nr. 85/2006 rezultă, în mod expres sau pe cale de interpretare, felul în care se realizează şi efectele începerii, derulării şi finalizării procedurii respective. În economia legii se regăsesc, subordonat aspectelor menţionate, prevederi referitoare la stabilirea pasivului şi înţelesul acoperirii acestuia şi, de asemenea, în împrejurarea în care deschiderea procedurii intervine pe fondul posibilei existenţe în paralel şi a altor acţiuni în realizarea creanţelor împotriva debitorului, prevederi referitoare la modalitatea în care sunt stopate astfel de acţiuni pe perioada derulării procedurii şi la măsura în care, la închiderea acesteia, faţă de efectele produse, pot fi reluate acţiunile respective.

În ceea ce priveşte scopul procedurii, prezintă importanţă lămurirea a două aspecte la care se referă art. 2 din lege: acoperirea pasivului şi pasivul aferent stării de insolvenţă.

Sub primul aspect, legiuitorul ar fi trebuit să prevadă plata iar nu acoperirea pasivului din moment ce prin toate cele trei modalităţi ale procedurii (reorganizarea, falimentul, acţiunea în temeiul art. 138) se are în vedere, în principiu, distribuirea către creditori a unor sume de bani. Folosindu-se, însă, „acoperirea” pasivului, care are un înţeles evident mai larg, înseamnă că s-a avut în vedere mai mult decât plata pasivului, referitor la scopul procedurii. De altfel, în fapt, prin procedură nici nu se poate urmări în mod obligatoriu plata integrală a creditorilor, pentru că aceasta depinde de resursele existente în raport cu debitorul (planul de reorganizare poate să prevadă în programul de plată creanţe în cuantum mai mic decât în tabelul definitiv de creanţe, iar cota falimentară înseamnă de cele mai multe ori mai puţin decât creanţa pretinsă, ca şi rezultatul executării silite în contextul acţiunii întemeiate pe art. 138).

Dar, este indiscutabil că iniţierea procedurii are în vedere „acoperirea” întregului pasiv existent în contextul stabilirii stării de insolvenţă, adică a creanţelor anterioare deschiderii procedurii (nu vom discuta aici

despre creanţele născute în timpul procedurii, în condiţiile în care, oricum şi acestea urmează în principiu, aceeaşi cale). Deci, în mod logic, trebuie reţinut că în conţinutul „acoperirii" pasivului respectiv intră pe lângă plata în sine şi alte modalităţi de „acoperire", care definesc practic ce se întâmplă, ce regim juridic se aplică în procedură şi după închiderea acesteia realizării creanţelor care nu au fost plătite în cadrul ei. Într-adevăr, legea insolvenţei cuprinde o serie de dispoziţii exprese în acest sens. Astfel, dintre pretinşii creditorii existenţi anterior deschiderii procedurii, unii nu depun creanţa în procedură, alţii o depun tardiv iar unora li se respinge creanţa în urma actelor de procedură privind verificarea şi contestarea creanţelor şi, prin urmare nu dobândesc calitatea de creditor îndreptăţit să participe la procedura insolvenţei; în cazul altor creditori anteriori deschiderii procedurii, potrivit art. 102 cuantumul creanţelor lor poate fi menţionat în plan şi la un nivel mai redus decât în tabelul definitiv de creanţe dar, oricum, creanţele şi drepturile creditorilor şi ale celorlalte părţi interesate sunt modificate astfel cum este prevăzut în plan; sau, conform unei alte dispoziţii exprese, potrivit art. 137 debitorul persoană fizică este descărcat de obligaţiile pe care le avea înainte de intrarea în faliment.

Aceste dispoziţii nu sunt, însă, în măsură să lămurească pentru toate ipotezele posibile ce se întâmplă cu creanţele neplătite în procedură, dacă se poate continua realizarea lor şi după închiderea acesteia, realizare care depinde de existenţa unor acţiuni în realizare distincte de procedura insolvenţei. Pentru lămurirea sub acest aspect trebuie analizate şi prevederile legii insolvenţei referitoare la suspendarea acţiunilor judiciare şi extrajudiciare pentru realizarea creanţelor asupra debitorului sau bunurilor sale (art. 36), prevederile art. 40 privind suspendarea cursului prescripţiei pentru acţiunile din art. 36, prevederile art. 76, în coroborare cu dispoziţiile art. 131-134 şi art. 103 alin. (1) privind cazurile de închidere a procedurii reglementate de lege.

Demersul în acest sens este îngreunat nu numai de complexitatea materiei ci şi de evoluţia divergentă a reglementării în materia insolvenţei (legea iniţială, Legea nr. 64/1995, a fost preluată în parte în Legea nr. 85/2006) în sensul că reglementarea iniţială prevedea o altă situaţie juridică a debitorului persoană juridică la închiderea procedurii (nu intervenea dizolvarea şi radierea sau se prevedea că şi creanţele depuse

tardiv fac totuşi obiectul unei liste separate dar în vederea „acoperirii" lor tot în procedură), în comparaţie cu dispoziţiile actuale, dar formulările prevederilor legale s-au menţinut aceleaşi în multe cazuri, putând genera confuzii.

Suspendarea acţiunilor judiciare sau a măsurilor de executare prevăzută de art. 36 intervine de drept şi în general, trebuind să fie avută în vedere indiferent dacă în fapt s-a formulat sau nu o astfel de acţiune. La fel intervine şi suspendarea cursului prescripţiei acţiunilor respective.

Ca urmare a suspendării acţiunilor prevăzute de art. 36, reclamanţii în acele acţiuni trebuie să depună creanţa lor în procedură, chiar dacă nu este constatată printr-un titlu. Depunerea creanţei trebuie apreciată nu numai ca un drept dar şi ca un demers procedural obligatoriu univoc, din cauză că procedura insolvenţei are un caracter colectiv şi concursual în ceea ce priveşte creditorii (care nu este înlăturat de faptul că starea de insolvenţă poate exista şi doar în raport cu un creditor, deoarece caracterul colectiv este de natura iar nu de esenţa procedurii). Începând cu data deschiderii procedurii creditorii îşi păstrează vocaţia de a-şi realiza creanţele doar în cadrul procedurii iar această vocaţie nu se poate menţine şi după închiderea procedurii, decât în limita permisă de rezultatul şi efectele acesteia. Obligativitatea, în sensul arătat, a depunerii creanţei în procedură, rezultă în primul rând din cuprinsul art. 64 alin. (1), care nu prevede doar o diferenţă între salariaţi şi ceilalţi creditori ci dispune sub un aspect mult mai important, în sensul că toţi ceilalţi creditori trebuie să-şi depună în procedură creanţa anterioară deschiderii acesteia, ceea ce înseamnă că acţiunile în realizarea creanţei suspendate în baza art. 36 sunt transferate în procedură în vederea soluţionării în mod specific. Desigur că în raport cu principiul disponibilităţii părţii, creditorul poate şi să nu depună creanţa în procedură dar o va face sub riscul de a-i fi aplicabilă sancţiunea decăderii prevăzută de art. 76 din Legea nr. 85/2006. În nici un caz principiul disponibilităţii nu permite opţiunea creditorului între a-şi realiza creanţa în procedură sau a aştepta până se închide aceasta pentru a continua pe alte căi.

Ambele suspendări la care se referă art. 36 şi 40 au, ca şi în dreptul comun, două obiective: suspendarea în sine şi, la încetarea cauzei de

suspendare, ridicarea acesteia. În contextul procedurii, primul obiectiv era necesar pentru a nu permite derularea în paralel a unor acţiuni având acelaşi scop şi se produce până la închiderea procedurii (nu prezintă relevanţă aici dacă legiuitorul a ales valabil suspendarea, sub aspectul rigorii juridice, ca modalitate de atingere a obiectivului în discuţie, sau trebuia aleasă preluarea efectivă a acţiunilor în procedură). În ceea ce priveşte cel de al doilea obiectiv, în mod greşit se aşteaptă ca acesta să se producă la fel ca în dreptul comun, adică să se reia fără excepţie, acţiunile de la art. 36 şi să se finalizeze aceste acţiuni. Dispoziţiile art. 36 şi 40 stabilesc în mod expres doar intervenirea suspendării în procedură, dar nu mai au în vedere şi ridicarea suspendării, nici măcar în raport cu închiderea procedurii. Or, cum nu se poate reţine drept cauză vidul legislativ, trebuie luată în considerare existenţa intenţiei legiuitorului în acest sens, justificându-se astfel raportarea la alte dispoziţii din legea insolvenţei şi, în măsura compatibilităţii şi la dreptul comun. În acest sens, trebuie avut în vedere că, urmare a derulării procedurii, apar diferenţe faţă de dreptul comun, pentru că se produc şi efecte specifice procedurii, iar reluarea acţiunilor, deşi este evident că intervine cel puţin în principiu, în concret trebuie să ţină seama de aceste efecte specifice. Astfel, în cazul debitorului persoană fizică este prevăzută, cu unele excepţii, descărcarea de datorii, indiferent de ipoteza de închidere a procedurii sau de categoria creditorilor; în cazul debitorului persoană juridică pentru creditorii care au fost înscrişi în tabelul definitiv de creanţe, dacă au fost plătiţi integral în cursul procedurii, acţiunea care se reia la închiderea procedurii este rămasă practic fără obiect; sau, relativ la aceiaşi creditori, în cazul tuturor ipotezelor de închiderea procedurii pentru care se prevede radierea, reluarea acţiunii nu se mai poate îndrepta împotriva debitorului deoarece în urma radierii acesta nu mai există ca persoană juridică (pot fi vizaţi doar asociaţii, potrivit dreptului comun, dar acţiunea împotriva acestora nu este dintre cele avute în vedere la art. 36, art. 40). Aparent, reluarea acţiunilor de către creditorii menţionaţi, ar putea avea o justificare în cazul închiderii unei proceduri de reorganizare reuşită, pentru diferenţa de creanţe care nu au făcut obiectul planului şi, respectiv, în cazul de închidere prevăzut de art. 134 alin. (1) din Legea nr. 85/2006. Dar, în primul caz diferenţa de creanţă nici numai există în

mod legal, în raport cu dispoziţiile art. 102 alin. (1), iar în al doilea caz, trebuie să se presupună că există creditori din moment ce s-a deschis procedura constatându-se existenţa unei sau a unor creanţe, situaţie în raport cu care este posibil să nu fi fost notificaţi legal creditorii sau să fi fost notificaţi legal, dar din moment ce nu au depus creanţa înseamnă că nu doresc aceasta, astfel că în ambele situaţii este vorba, în realitate, de creditorii din ipoteza reglementată la art. 76, care nu au depus o creanţă în procedură.

Dispoziţiile art. 76 generează un alt efect specific. Aceste dispoziţii au în vedere creditorii care nu au depus în mod legal o creanţă în procedură (referitor numai la acea creanţă – fiind posibil şi să deţină mai multe, dar numai unele nu şi altele sunt depuse în procedură), indiferent de ipoteza de închidere a procedurii reglementată în lege. Formularea textului referitor la nedepunerea creanţei are în vedere, printr-o interpretare logică, nu numai creditorii care nu au depus în sine creanţa, ci şi pe aceia care au depus dar li s-a respins depunerea creanţei ca tardivă sau li s-a respins creanţa pentru că aceasta nu îndeplinea condiţiile legale (în cazul acestora din urmă, la justificarea încadrării şi a acestor din urmă categorii de creditori în prima categorie vizată expres în art. 76 intervenind şi hotărârea judecătorească dată în sensul respectiv). Textul de lege are nu doar menirea de a indica o sancţiune pentru nerespectarea unei reguli de procedură dar este în măsură, prin completarea celorlalte dispoziţii indicate cu privire la tema în discuţie, să lămurească existenţa unei reglementări unitare referitor la scopul procedurii şi efectele derulării acesteia, inclusiv la măsura în care la închiderea procedurii pot fi reluate acţiunile la care se referă dispoziţiile art. 36 din lege.

Pe cale de interpretare textul art. 76 alin. (1) trebuie citit în sensul că în cazul în care notificarea creditorului s-a îndeplinit valabil în raport cu dispoziţiile art. 7 din lege, acesta este decăzut din drepturile enumerate la alin. (1), mai puţin dacă este vorba de cele două excepţii menţionate în mod expres şi, dacă notificarea nu a fost îndeplinită legal, doar în aceste situaţii decăderea neintervenind faţă de creditor.

Creditorul faţă de care nu intervine decăderea va putea depune declaraţie de creanţă, practic în orice stadiu al procedurii şi va prelua procedura în situaţia în care se regăseşte aceasta la acel moment. Fiind

vorba de o decădere, aceasta intervine la expirarea termenului de depunere a creanţelor, termen care nu este suspus suspendării sau întreruperii; nu este posibilă nici repunerea în termen, nu numai pentru asigurarea celerităţii dar şi pentru a nu se produce decalări în ceea ce priveşte succesiunea normală a etapelor din procedură.

Desigur, aplicarea sancţiunii decăderii prevăzută de art. 76 presupune mai întâi o corectă analiză a modului de îndeplinire a procedurii de notificare a creditorilor referitor la deschiderea procedurii şi la depunerea creanţei în cadrul acesteia. Sub acest aspect trebuie avute în vedere prevederile art. 61 coroborate cu prevederile art. 7, în special art. 7 alin. (3) şi, în acelaşi sens, art. 7 alin. (9) din Legea nr. 85/2006. Aparent dispoziţiile art. 7 alin. (3) teza I sunt contradictorii faţă de cele din art. 61 care prevăd efectuarea notificării nu numai potrivit Codului de procedură civilă dar şi prin Buletinul procedurilor de insolvenţă şi un ziar de largă circulaţie. Însă, notificare potrivit Codului de procedură civilă este avută în vedere în ambele articole pentru creditorii identificaţi, în condiţiile procedurii (iar în art. 61 notificarea prin Buletin, respectiv printr-un ziar se referă la creditorii neidentificaţi). Pentru creditorii neidentificaţi parţial, în ceea ce priveşte denumirea / adresa de sediu sau total (dacă nu sunt indicaţi sub nici un aspect în lista creditorilor), s-a prevăzut expres (art. 7 alin. (3) teza II) că notificarea este considerată valabil îndeplinită doar în urma publicării notificării în Buletin, pe considerentul că publicarea este opozabilă faţă de orice creditor iar acesta, luând la cunoştinţă astfel despre deschiderea procedurii faţă de debitorul în cauză, este de presupus că trebuie să cunoască şi faptul că este creditorul acelui debitor.

În practica judecătorească identificarea unui creditor se face în raport cu menţionarea sau nu a acestuia în lista creditorilor. De reţinut că eventuala completare a listei şi efectuare a notificării în raport cu această completare poate să intervină doar în limita termenului de depunere, altfel ar avea efectul similar repunerii în termen (sub acest aspect trebuie avute în vedere prevederile art. 35). Dacă creditorul este identificat, sunt aplicabile prevederile art. 7 alin. (3) teza I. Dacă nu este identificat creditorul, sunt aplicabile faţă de acesta dispoziţiile art. 7 alin. (3) teza II. De regulă, dovada notificării se face prin însuşi actul de notificare, nefiind permise dovezi extrinseci, cum ar fi martorii. Dar

important la notificare este, în mod similar citării, aducerea în mod efectiv la cunoştinţa creditorului despre deschiderea procedurii şi cerinţa depunerii creanţei în procedură, în termenul legal. Acestea se pot realiza şi printr-un conţinut corespunzător al unei cereri de suspendare în baza art. 36 formulată într-o acţiune şi comunicată în acea judecată reprezentantului creditorului îndreptăţit să primească o astfel de comunicare (nefiind vorba decât de o modalitate permisă de remitere a notificării valabile în raport cu Codul de procedură civilă). Avocatul creditorului, angajat într-o astfel de acţiune nu este, însă, abilitat să primească în numele creditorului decât cererea de suspendare a acţiunii iar nu şi notificarea, pentru că nu a fost angajat de creditor şi în procedura în legătură cu care se face notificarea. O astfel de notificare vine doar să se suprapună notificării efectuată iniţial exclusiv în contextul procedurii; dacă a fost efectuată în limita termenului de depunere a creanţelor poate acoperi astfel neîndeplinirea notificării iniţiale conform Codului de procedură civilă, iar dacă până la cererea de suspendare a acţiunii creditorul era neidentificat, notificarea prin Buletin rămâne suficientă, adăugându-se în mod valabil (dar în plus) şi notificarea potrivit Codului de procedură civilă, faţă de identificarea intervenită între timp.

De asemenea, aplicarea dispoziţiilor art. 76 alin. (2) implică (presupune în mod necesar) la închiderea procedurii, mai întâi posibilitatea ridicării suspendării şi reluării acţiunilor judiciare şi extrajudiciare. Dacă se reia de către creditor o acţiune judiciară, decăderea se va putea invoca de către fostul debitor pe cale de excepţie în acea acţiune. Dacă se reia o acţiune extrajudiciară sau creditorul doar ameninţă că va relua/formula o acţiune judiciară, debitorul are posibilitatea invocării decăderii pe calea formulării unei acţiuni, evident judiciare, care poate avea şi aspect provocatoriu.

În cazul art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 trebuie reţinut că planul de reorganizare este confirmat printr-o sentinţă şi, în consecinţă, modificarea creanţelor şi drepturilor creditorilor şi altor părţi interesate, intervenită prin planul respectiv nu este opozabilă creditorilor care nu au participat la procedura vizând confirmarea acelui plan; prin urmare, planul nici nu conţine creanţa unui creditor care nu a depus, a depus tardiv creanţa sau i s-a respins creanţa şi nici nu se poate considera că planul justifică, în general, considerarea creanţei ca fiind modificată la

un cuantum „zero", la fel ca în ipoteza în care nici nu a fost depusă. În plus, în textul de lege respectiv, „drepturile creditorilor" au în vedere, de exemplu, garanţiile asupra creanţei, iar alte „persoane interesate" nu se referă la creditorii care nu au depus legal o creanţă în procedură ci la practicianul în insolvenţă participant şi alte persoane de acest gen, nefiind eventual vorba despre creditorii care nu au depus creanţa.

În cazul unei proceduri de reorganizare nereuşită procedura insolvenţei continuă prin trecerea la faliment. În cazul închiderii unei proceduri de reorganizare reuşită (ca şi în cazul celorlalte ipoteze de închidere a procedurii reglementate de lege), creditorii care nu au depus o creanţă legală în procedură sunt tentaţi să solicite reluarea acţiunilor din art. 36 ceea ce şi au posibilitatea să facă, dar în cadrul acestora li se va opune decăderea prevăzută de art. 76 din lege, pe cale de excepţie, ceea ce atrage în mod obligatoriu respingerea acţiunii (pentru lipsa calităţii necesare a reclamantului sau mai curând, ca neîntemeiată, din moment ce decăderea înlătură reclamantului dreptul la realizarea creanţei). În cazul în care în primă instanţă s-a respins excepţia, rămâne la dispoziţia pârâtului calea de atac; nu considerăm că în condiţiile respingerii excepţiei invocate sub acest aspect, pârâtul ar avea posibilitatea procedurală să formuleze distinct şi o acţiune, în raport cu art. 76 alin. (2) având ca obiect constatarea decăderii, dar cel puţin astfel s-ar putea să se obţină suspendarea acţiunii în care s-a invocat excepţia respinsă, în temeiul art. 244 alin. (1) C. proc. civ.

În concluzie, rezultă că, de regulă, toate cazurile de închidere a procedurii exclud orice posibilitate de continuare a realizării creanţelor împotriva debitorului (persoană juridică sau fizică) sau a membrilor ori asociaţilor cu răspundere nelimitată ai persoanei juridice debitoare, cu excepţiile prevăzute de art. 76 alin. (1) (şi respectiv art. 137).

Scopul procedurii trebuie privit, în consecinţă, a fi plata creanţelor anterioare deschiderii procedurii în măsura în care este posibil şi înlăturarea definitivă, odată cu închiderea procedurii, a posibilităţii de realizare în ceea ce priveşte eventuala diferenţă rămasă neachitată din creanţă, cu excepţiile menţionate (adică nu numai plata creanţelor ci şi rezolvarea insolvenţei). De altfel, acest caracter al procedurii, de măsură finală, integrală este cel originar al procedurii falimentului, care nu a fost înlăturat nici prin asocierea cu procedura reorganizării (ceea ce este

firesc pentru că doar astfel se poate considera că se rezolvă esenţa procedurii, adică starea de insolvenţă care a generat-o şi care nu trebuie să se mai regăsească la finalul procedurii, trebuind să fie rezolvată prin derularea acesteia). Altfel, contrar dispoziţiilor art. 2 din lege, nu s-ar putea considera rezolvată starea de insolvenţă şi nimic nu ar împiedica posibilitatea ca pentru aceleaşi creanţe care au constituit obiectul unei proceduri a insolvenţei să se poată relua nu numai acţiunile prevăzute la art. 36, dar să se solicite şi să se obţină şi deschiderea unei noi proceduri, pentru că evident autoritatea de lucru judecat nu ar fi decât cel mult parţială. Sau, în acelaşi sens, de ce s-ar mai dispune, potrivit art. 103 alin. (1), la închiderea unei reorganizări reuşite, măsuri de reintegrare a fostului debitor în activitatea comercială, ca un nou început, dacă acesta ar trebui să fie considerat în continuare dator, deci în stare de insolvenţă.

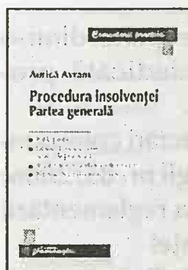
Tot în acelaşi sens este edificator că şi excepţiile din art. 76 au în considerare creditorul care nu a fost notificat legal, deci nu a avut cunoştinţă despre procedură şi posibilitatea de a participa la aceasta (adică pentru acesta procedură practic nu a existat) sau frauda debitorului în generarea stării de insolvenţă şi a procedurii sau în legătură cu aceasta, adică o procedură care iese de sub tiparul normalităţii.

Index*)

*) Cifrele fac trimitere la numărul de pagină unde se regăseşte termenul respectiv.

Procedura insolvenței. Partea generală

Aurică Avram



978-606-522-014-0
35 lei, 344 p.

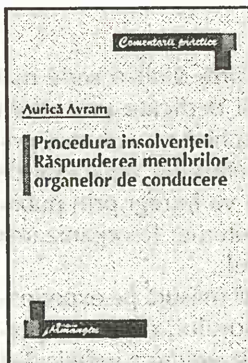
Această carte face parte dintr-o serie mai amplă de comentarii dedicate procedurii insolvenței, serie deschisă cu volumul privind Răspunderea membrilor organelor de conducere și care se va întregi prin publicarea a încă două volume: Reorganizarea judiciară și Falimentul.

Fundamentate în bună măsură pe experiența de magistrat a autorului, care se raportează în primul rând la practica judiciară și aduce soluții, prin îmbinarea situației concrete cu litera legii, aceste comentarii se adresează mai ales practicienilor și subliniază importanța și rolul existenței unui sistem corespunzător al insolvenței.

Pornind de la aspectele normate prin Legea nr. 85/2006, această lucrare prezintă partea generală a procedurii insolvenței: domeniul de aplicare al legii, termeni și expresii specifice, delimitarea rolurilor în procedură (practicianul în insolvență, creditori, debitori, administrator judiciar, lichidator, persoane de specialitate, administrator special), cheltuieli aferente procedurii, acțiuni în anularea unor transferuri efectuate de debitor în dauna creditorilor, precum și menținerea sau denunțarea unor contracte.

Procedura insolvenţei. Răspunderea membrilor organelor de conducere

Aurică Avram



978-973-1720-76-0
19 lei,168 p.

Cartea de faţă face parte dintr-o serie mai amplă dedicată procedurii insolvenţei.

Vor urma încă trei lucrări corespunzătoare structurii **Legii nr. 85/2006:**

- **Partea generală a reglementării procedurii insolvenţei**
- **Reorganizarea judiciară**
- **Falimentul**

Adresate în primul rând practicienilor, aceste cărţi nu au o intenţie doctrinară, autorul pornind exclusiv de la practica judiciară, în scopul îmbunătăţirii acesteia, prin prisma judecătorului care are îndatorirea de a cunoaşte, la soluţionarea unui caz, nu numai legea aplicabilă, ci şi practica şi doctrina existente la acel moment.

Este analizată succint întreaga problematică a răspunderii membrilor organelor de conducere:

- titularii cererii de atragere a răspunderii
- persoanele chemate în judecată
- natura juridică şi condiţiile răspunderii
- instanţa competentă şi procedura de judecată
- prescripţia dreptului la acţiune
- măsurile asigurătorii şi efectele stabilirii răspunderii

Cheltuielile de judecată

Ana-Maria Puiu
Adriana Nicolae
Andi Constantin Puiu



978-606-522-229-8
28 lei, 248 p.

Lucrarea pe care o aveţi în faţă reprezintă o analiză a ceea ce înseamnă cheltuielile de judecată în procesul civil. Cu siguranţă nu este o prezentare exhaustivă. Veţi găsi totuşi în această lucrare portretul cheltuielilor de judecată creionat din patru unghiuri ce constituie tot atâtea capitole: I. Noţiune; II. Reglementare; III. Conţinut; IV. Acordare.

Opiniile autorilor, prezentate într-o manieră explicită şi accesibilă, alături de soluţiile doctrinei, practica judiciară naţională şi jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului, relevă numeroasele probleme în materie: natura juridică şi conţinutul cheltuielilor de judecată; regimul juridic al cheltuielilor avansate în faza de executare a procesului civil; temeiul juridic al acordării cheltuielilor de judecată; cheltuielile pe care trebuie să le suporte terţele persoane participante în procesul civil, Ministerul Public, comisiile de fond funciar sau instituţiile publice; dovada cheltuielilor de judecată; procedura şi principiile ce trebuie respectate în soluţionarea cererii de acordare a cheltuielilor de judecată; care sunt limitele acordării acestor cheltuieli; posibilitatea instanţei de judecată de a reduce onorariul avocatului; compensarea cheltuielilor de judecată; cazurile în care nu se acordă.

Contractul de asociere în participaţie

Lucian Săuleanu

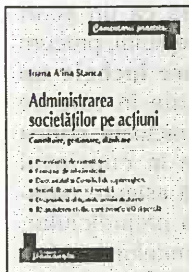


978-606-522-219-9
19 lei, 160 p.

În practica judiciară a ultimilor ani constatăm o creştere a litigiilor ce au ca obiect drepturile şi obligaţiile născute din contractele de asociere în participaţie. Frecvenţa unor astfel de asocieri a condus, inevitabil, la o multitudine de situaţii, de litigii decurgând din drepturile şi obligaţiile conturate de părţi – de multe ori străine acestei forme asociative –, de clauze a căror interpretare nu este deloc uşoară, în lipsa unei configurări moderne a asocierii în participaţie şi ne gândim la clauzele compatibile cu asocierea în participaţie, răspunderea administratorului desemnat pentru executarea activităţii comune, regimul bunurilor aduse ca aport sau cumpărate în timpul şi pentru derularea activităţii propuse, raporturile cu terţii, limitele în care asocierea îşi păstrează caracterul ocult pentru asociaţii participanţi, chestiuni legate de încetarea contractului etc. Iată numai câteva probleme care justifică analiza acestei instituţii juridice, probleme ale căror soluţii le puteţi descoperi în această carte.

Administrarea societăţilor pe acţiuni. Constituire, gestionare, dizolvare

Ioana Alina Stanca



978-606-522-170-3
39 lei, 400 p.

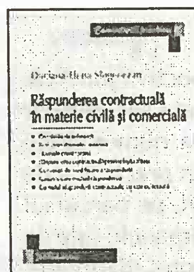
Cartea analizează, din perspectivă juridică, **rolul administratorilor în viaţa societăţilor pe acţiuni** şi oferă soluţii la numeroasele probleme care s-au ridicat în practică – de la etapa constituirii societăţii, pe parcursul complicatelor relaţii dintre organele sale de conducere şi până la momentul dizolvării. Lucrarea este structurată ca un ghid, menit să vină în ajutorul administratorilor care şi-au asumat un mandat social şi care trebuie, deci, să fie conştienţi de **obligaţiile, competenţele** şi **răspunderile** inerente acestui statut, în lumina principiilor guvernării corporatiste. Nu mai puţin, această carte poate fi utilă şi acţionarilor, directorilor SA, precum şi consilierilor sau avocaţilor acestora.

- *Care este contribuţia administratorilor la constituirea SA?*
- *Cum se desemnează administratorii şi cum pot fi ei revocaţi din funcţie?*
- *Ce rol au administratorii la organizarea situaţiilor financiare sau în realizarea investiţiilor?*
- *În ce condiţii pot ei fi traşi la răspundere?*

Iată doar câteva din întrebările la care puteţi găsi **răspunsuri concise**, accesibile şi fundamentate pe soluţiile din jurisprudenţa recentă.

Răspunderea contractuală în materie civilă și comercială

Daciana-Elena Sîngeorzan



978-606-522-154-3
29 lei, 280 p.

Această carte este concepută ca un scurt îndrumar pentru **practicienii** dreptului, precum și pentru **orice persoană care încheie un contract.** Cunoscând condițiile în care se poate angaja răspunderea contractuală, partea interesată va putea include în cuprinsul contractului clauze menite să asigure repararea cât mai satisfăcătoare a prejudiciului, cu respectarea, totodată, a limitelor legale. Sunt analizate succint **problemele teoretice esențiale, controversate și recent actualizate,** precum și **soluții jurisprudențiale** menite să ilustreze aplicarea practică a prevederilor legale referitoare la **condițiile** angajării răspunderii contractuale, **limitele convențiilor de modificare** a răspunderii contractuale, **cauzele care înlătură** această răspundere, precum și **modalitatea de evaluare a daunelor-interese** și **posibilitatea cumulării acestora cu alte tipuri de despăgubiri.**

Un capitol distinct al acestei lucrări prezintă instituția **daunelor cominatorii** și efectele juridice ale acestora, tocmai pentru a evita orice confuzie care s-ar putea crea între aceste tipuri de daune și daunele-interese din cadrul răspunderii contractuale. De asemenea, un capitol separat este destinat prezentării pe scurt a **răspunderii contractuale pentru fapta altuia,** cu implicațiile directe pe care le presupune **răspunderea medicală** în dreptul românesc.

- Condițiile de existență
- Evaluarea daunelor-interese
- Daunele cominatorii
- Răspunderea contractuală pentru fapta altuia
- Convenții de modificare a răspunderii
- Cauzele care exclud răspunderea
- Cumulul răspunderii contractuale cu cea delictuală

Lucrarea face parte dintr-o serie mai amplă de comentarii dedicate procedurii insolvenței, serie deschisă cu volumele privind **Răspunderea membrilor organelor de conducere** și **Procedura insolvenţei. Partea generală,** și reprezintă continuarea firească a volumului **Procedura insolvenţei. Deschiderea procedurii**, publicat recent în cadrul aceleiași colecții.

Prima parte analizează toate problemele legate de efectele deschiderii procedurii, autorul comentând pe larg aspectele controversate în materie privitoare la: desemnarea practicianului în insolvenţă, suspendarea în temeiul art. 36 și opoziţia la suspendare, ridicarea dreptului de administrare sau reprezentarea debitorului. În **ultima parte a lucrării** sunt dezbătute temele referitoare la perioada de observaţie, examinarea situaţiei debitorului, precum și cele referitoare la stabilirea masei credale (procedura de verificare a creanţelor).

Opiniile exprimate în cuprinsul acestei cărţi sunt rezultatul unei analize critice a doctrinei și jurisprudenţei actuale în materie și urmăresc să ofere posibilitatea înţelegerii cât mai detaliate a instituţiilor respective, în contextul ultimelor modificări aduse legii insolvenţei prin **Legea nr. 277/2009** pentru aprobarea O.U.G. nr. 173/2008, fiind deosebit de utilă atât avocaţilor și judecătorilor, cât și practicienilor în insolvenţă.

ISBN 978-606-522-235-9

Preţ: 27 lei

